TOMO I

# Derecho de SUCESIONES

Francisco López Herrera

Cuarta Edición,
Revisada y Actualizada



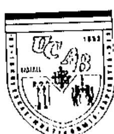
Caracas, 2011

FRANCISCO LÓPEZ HERRERA
Profesor Titular de Derecho Civil

# DERECHO DE SUCESIONES

## Cuarta Edición (actualizada)

## Tomo I




Universidad Católica Andrés Bello
Caracas, 2011

# ÍNDICE GENERAL
# TOMO I

# ÍNDICE GENERAL

## TOMO I

# ABREVIATURAS UTILIZADAS EN LA OBRA

| | |
|---|---|
| ap. (s.)= | aparte (s) |
| art. (s.)= | artículo (s) |
| Cas.= | Jurisprudencia de las Salas de Casación del Tribunal Supremo de Justicia (o de la antigua Corte Suprema de Justicia; o de la aun más antigua Corte Federal y de Casación) |
| CC= | Código Civil |
| CCom.= | Código de Comercio |
| Chap.= | Chapitre (Capítulo) |
| CN= | Constitución Nacional |
| COT= | Código Orgánico Tributario |
| CP= | Código Penal |
| CPC= | Código de Procedimiento Civil |
| DLRN= | Decreto Ley de Registro Público y del Notariado |
| DMEPPMD= | Despacho de la Ministra de Estado para la articipación de la Mujer en el Desarrollo |
| ed. (éd.)= | edición |
| EMPCC= | Exposición de Motivos del Proyecto de Código Civil de Venezuela (promulgado en 1942) |
| GF= | Gaceta Forense (Primera Etapa) |
| GF-II= | Gaceta Forense (Segunda Etapa) |
| GF-III= | Gaceta Forense (Tercera Etapa) |
| Inst.= | Jurisprudencia de los Tribunales de Instancia (1951 a 1976) |
| JCTI/45-46= | Jurisprudencia y Crónica de los Tribunales de Instancia, en 1945 y primer trimestre de 1946 |
| JCTI/1946= | Jurisprudencia y Crónica de los Tribunales de Instancia, en 1946 |
| LIS= | Ley de Impuesto sobre Sucesiones, Donaciones y demás Ramos Conexos |

| | |
|---|---|
| LOPNA= | Ley Orgánica de Protección del Niño y del Adolescente |
| LRPCC= | Ley de Reforma Parcial del Código Civil (promulgada en 1982) |
| M.= | Memoria de la Corte Suprema de Justicia (o de la antigua Corte Federal y de Casación o de la antigua Corte de Casación) |
| num.= | numeral |
| *op. cit.*= | obra citada |
| ord.= | ordinal |
| PLPF= | Proyecto de Ley Orgánica de Proteccióna la Familia, la Maternidad y la Paternidad |
| p. (pp.)= | página (s) |
| parág.= | parágrafo |
| pr. (Par.)= | párrafo |
| Pol.: | Jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa del Trubunal Supremo de Justicia (o de la antigua Corte Suprema de Justicia; o de la aun más antigua Sala Federal de la Corte Federal y de Casación) |
| R&G (RG)= | Jurisprudencia Ramírez & Garay |
| Sect = | Section (Sección) |
| sigs. | siguientes |
| T.= | Tomo |
| Tít.= | Título |
| trad. (trans.)= | traductor |
| últ.= | último |
| Vol.= | Volumen |

# PARTE GENERAL

# CAPÍTULO I

# CONCEPTOS GENERALES

1. Derecho Hereditario: Concepto y Fuentes.- 2. Fundamento del Derecho Hereditario.- 3. Conceptos de Sucesión, Patrimonio, Herencia y Legado.- 4. Ubicación del Derecho de Sucesiones en el CC.- 5. Títulos de la Sucesión por Causa de Muerte.- 6. Principios Generales de la Sucesión Universal.- 7. Momentos de la Sucesión por Causa de Muerte.- 7-A. Apertura de la Sucesión.- 7-B. Delación de la Herencia o del Legado.- 7-C. Adquisición de la Herencia o del Legado.

## 1. Derecho Hereditario: Concepto y Fuentes

Se entiende por Derecho de Hereditario o Derecho de Sucesiones, el conjunto de normas y de principios jurídicos que gobiernan la transmisión del patrimonio que deja una persona que fallece, a la persona o las personas que le suceden.

El Derecho Hereditario constituye parte del Derecho Civil. La casi totalidad de las normas que lo rigen, figura en en el *Código Civil*; sin embargo, también existen algunas disposiciones sustantivas sueltas sobre esa materia, en ciertas leyes especiales que más adelante tendremos oportunidad de precisar.

Las reglas sobre Derecho de Sucesiones del CC venezolano, están directamente inspiradas en el *CC italiano de 1865* (hoy sustituido en Italia por el CC de 1942), buena parte de las cuales, a su vez, se basaba en el *Código Napoleón*. No obstante, unas pocas de dichas normas fueron tomadas del *CC chileno* de Andrés Bello; y, alguna otra, del *Proyecto de CC para España* elaborado en 1851 por Florencio García Goyena. Existen, finalmente, ciertas disposiciones del CC concernientes al Derecho Hereditario, que son autóctonas.

Más remotamente, las fuentes de nuestro CC, en lo relativo Sucesiones, son: principalmente, el Derecho Romano y también –en lo concerniente a determinadas instituciones– el antiguo Derecho Germánico y el antiguo Derecho Consuetudinario Francés.

## 2. Fundamento del Derecho Hereditario

Las diversas alternativas de hecho posibles, respecto de las relaciones patrimoniales de una persona que fallece, son en esencia las siguientes: que tales relaciones queden entonces sin titular y pasen a la categoría de *res nullius;* o bien, que dichas relaciones pasen al dominio del Estado; o, finalmente, que las relaciones en cuestión pasen a pertenecer a otras personas, determinadas por el mismo anterior titular de aquéllas o por la ley.

Casi siempre, en la historia de la humanidad, se ha considerado que la última de las indicadas alternativas, es la más conveniente tanto desde el punto de vista individual, como desde el punto de vista social o colectivo[1].

En efecto, si cada vez que falleciera una persona, sus bienes se hicieran propiedad de quien los ocupara o aprehendiera de hecho, es fácil concebir la anarquía y el desorden que entonces caracterizarían a la sociedad, tanto por las luchas generadas por tal derecho de ocupación o de aprehensión entre los interesados en ejercerlo, como por la constante exposición que confrontaría la vida misma de todos los ciudadanos, por razón de la rapacidad de quienes desearan apoderarse de sus bienes. Y aún dejando de lado lo antes dicho, en la aludida hipótesis también se afectaría gravemente el orden económico de la sociedad, por la simple implicación de que la muerte del indivíduo habría de acarrear la extinción de todas las obligaciones a su cargo.

Por otra parte, en el caso de que los bienes de la persona fallecida debieran pasar íntegramente al Estado (aunque éste, a su vez, asumiera la obligación de satisfacer el pasivo dejado por el muerto, al menos hasta la concurrencia del activo respectivo), también se plantearían importantes problemas: dicho sistema ciertamente afectaría la voluntad y el deseo de producción y de ahorro de los miembros de la sociedad, sabedores de que a su muerte la totalidad de sus haberes habrá de corresponder al Estado; y, además, crearía una situación peligrosa e injusta respecto de las personas que dependen del difunto y que no disponen de medios propios para atender la satisfacción de sus necesidades, ni están en capacidad de lograrlos.

Adicionalmente, también ha existido otras importantes razones en ciertas sociedades, para fundamentar en ellas el Derecho de Sucesiones. Tal fue, por ejemplo, el caso de la Roma antigua, en la cual la necesidad de que alguien sucediera a la persona que muere, se imponía para poder mantener sus *sacra privata*; para evitar la eventualidad de una infamante *bonorum venditio*, con la finalidad de satisfacer a sus acreedores; y, muy particularmente, para garantizar la transmisión de la *patria potestas* de que fuera titular el difunto y, de la cual, la sucesión patrimonial era una simple consecuencia.

---

1 Así incluso lo reconocía la legislación de la extinta Unión Soviética (arts. 527-561 CC de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia).

# 3. Conceptos de Sucesión, Patrimonio, Herencia y Legado

A. Los derechos subjetivos y las obligaciones –como las personas– nacen (o surgen a la vida jurídica) y se extinguen (mueren o desaparecen de la vida jurídica). Pero también es factible que un derecho subjetivo o que una obligación cambie de titular, sin que por ello se extinga: se denomina *sucesión* al cambio en la titularidad de una relación jurídica de carácter patrimonial. De ahí resulta que el nuevo titular de dicha relación, no la adquiere o asume a título originario sino a título derivativo.

Existen dos tipos fundamentales de sucesión: la sucesión particular o a título particular y la sucesión universal o a título universal.

Se entiende por *sucesión particular* o *a título particular*, el cambio en la titularidad de una o más relaciones jurídicas de carácter patrimonial, determinadas individualmente, es decir, individualizadas. Este tipo de sucesión puede resultar de un acto *entre vivos* (donación, venta, etc.) o de un acto *por causa de muerte* (legado).

Se entiende por *sucesión universal* o *a título universal*, el cambio en la titularidad de la totalidad de las relaciones jurídicas de carácter patrimonial de una persona (consideradas como una entidad compleja, es decir como un patrimonio total), o de una parte alícuota de esa totalidad (*v.gr.:* la mitad ó 50%; una tercera parte ó 33,33%; una décima parte ó 10%; etc.). Al menos en materia civil, la sucesión universal sólo puede resultar de un acto por causa de muerte de una persona natural (herencia): cualesquiera otros actos de naturaleza civil, que puedan tener cierta similitud con una sucesión a título universal [*v.gr.:* venta de herencia (art. 1.556 CC), cesión de bienes (arts. 1.934-1.949 CC)], no son más que una serie de sucesiones a título particular, pues la sucesión universal implica el agotamiento de todo un patrimonio, incluyendo la desaparición de la capacidad de producción o de adquisición del anterior titular del mismo.

En todo caso y a los efectos de evitar cualesquiera confusiones, conviene aclarar que la palabra *sucesión* tiene también otras acepciones, a saber: el conjunto de los sucesores de una persona (así se habla, por ejemplo, de la Sucesión de NN); y el conjunto de las relaciones patrimoniales (bienes, derechos y obligaciones) que constituye el objeto o contenido de la sucesión.

En toda sucesión (particular o universal, por acto entre vivos o *mortis causa*), la persona a quien se sucede, se denomina *causante* y la persona que sucede, se denomina *causahabiente* o *sucesor*. Sin embargo, en las sucesiones por causa de muerte, al causante también se le llama *de cujus* (o *de cuius*), que constituye la abreviación de la frase latina *is de cujus hereditate agitur* (la persona de cuya herencia se trata); y, en cuanto al causahabiente, se hacen ciertas distinciones: i) se utiliza el nombre de *sucesor*, en sentido estricto, para aludir a la persona llamada a la sucesión universal (herencia), que aún no la ha aceptado; ii) se denomina *heredero*, al llamado a la sucesión universal

(herencia), que ya la ha aceptado[2] (aunque de manera impropia, con frecuencia se confunden los términos de sucesor y de heredero); y iii) se utiliza el término *legatario*, para referirse al beneficiario de una sucesión a título particular (legado).

B. *Patrimonio* es el conjunto de las relaciones jurídicas susceptibles de valoración económica, de las cuales es titular una persona. Se suele decir que el patrimonio es la proyección económica de la personalidad de un individuo o entidad.

El patrimonio de una persona comprende dos tipos de relaciones jurídicas apreciables en dinero: su *activo* (o haber) y su *pasivo* (o débitos). Dentro del activo se incluyen todas las cosas, corporales e incorporales; los derechos reales y personales, tanto permanentes como temporales; y las acciones, siempre que sean valorables económicamente. Se considera que igualmente forman parte del activo de un individuo, sus facultades personalísimas innatas, tales como sus aptitudes, su capacidad de trabajo y de producción o de adquisición, etc., pues también pueden apreciarse en dinero (lo cual no sucede con los derechos innatos de esa persona, tales como su derecho a la vida, a la libertad, a la integridad física, etc.; ni tampoco con sus derechos respecto de las *res communes omnium*: en consecuencia, estas otras partidas no pueden considerarse como integrantes del patrimonio). El pasivo comprende todas las deudas, obligaciones y demás compromisos de la persona de quien se trate, siempre que sean apreciables en dinero.

C. La *herencia*, en sentido amplio y de hecho, no es mas que la porción o parte del patrimonio de una persona natural, que puede ser objeto de sucesión por causa de muerte. La herencia, pues, es el mismo patrimonio del individuo, deducción hecha de las relaciones jurídicas patrimoniales que se extinguen o desaparecen con su muerte: las facultades personalísimas innatas; los derechos sólo vitalicios [*v.gr.:* usufructo, uso y habitación por tiempo indeterminado (arts. 619 y 631 CC)]; derechos de crédito que desaparecen con la muerte de su titular [*v.gr.:* renta vitalicia; derecho legal de alimentos (art. 298 CC y art. 383 LOPNA)]; acciones de contenido económico que se extinguen a la muerte de su titular [*v.gr.:* acción de revocación de donaciones entre cónyuges (art. 1.451 CC)][3].

---

2 *Inst.:* JTR, Vol. VII, T. I, pp. 1138 y 1144; JTR, Vol. XVI, p. 386.

3 En el sistema legal venezolano, cuando uno de los herederos de la persona que fallece es su cónyuge, tampoco forman parte de la herencia el mueblaje y los demás enseres de uso inmediato y personal de dicho esposo sobreviviente, aunque se trate de bienes adquiridos originalmente para el patrimonio común de los cónyuges o, incluso, para el patrimonio particular del fallecido; pues la parte final del art. 1.070 CC establece para ese caso, que al abrirse la sucesión, tales bienes pasan a integrar el patrimonio propio del esposo supérstite. En su oportunidad explicaremos la referida norma con más detalle (*infra*, nº 128, B).
Por otra parte, existe jurisprudencia patria según la cual no integran el patrimonio hereditario de una persona, los panteones o tumbas en cementerios, pues se trata de bienes que se encuentran fuera del comercio; que no tienen carácter patrimonial; que no son enajenables; y que pertenecen de manera perpetua a la familia del respectivo fundador (*Inst.:* JTR, Vol. XVII, pp. 140-144). Tal

No obstante, de derecho –es decir, en teoría jurídica– la herencia es un *nomen juris*, lo cual significa que se trata de una entidad que existe, abstracción hecha de las relaciones de contenido económico que la integran o puedan integrarla y aunque de hecho, dentro del patrimonio hereditario de la persona que fallece, no haya bien o derecho alguno susceptible de sucesión[4].

Desde luego y con mayor razón aún, también hay herencia cuando el pasivo del patrimonio de la persona fallecida excede del activo del mismo (esto contribuye a aclarar por qué el art. 29 LIS obliga también en esos casos, a presentar la correspondiente declaración de herencia). Tal característica de la herencia de ser una mera entidad jurídica, por lo demás, explica la previsión del art. 1.556 CC, según el cual quien vende una herencia sin especificación de los bienes, derechos o relaciones que la integran, sólo está obligado a garantir su cualidad de heredero y, por ende, no está obligado a saneamiento por la evicción que pueda eventualmente sufrir el comprador respecto de bienes concretos o específicos que éste estimaba como integrantes, de hecho, del patrimonio hereditario que compró[5].

En un sentido más restringido, se entiende también por herencia a la sucesión universal por causa de muerte. Y, precisamente por ser la herencia un *nomen juris*, como acabamos de indicar, en la sucesión a título universal no puede haber distribución

---

criterio seguramente está inspirado por la jurisprudencia francesa (que es seguida por la doctrina franco-belga), según la cual las buenas costumbres obligan a considerar los panteones y las tumbas como cosas fuera del comercio (al respecto, *cfr.:* M. Planiol & G. Ripert, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, trad. M. Díaz Cruz y E. Le Riverend B., Cultural, Habana, 1945-1946, T. V, nº 56, pp. 65-66; H. De Page, *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, Bruylant, Bruxelles, 1944-1947, T. VIII, Vol. II, nº 1446, p. 1539; etc.). A nuestro juicio, no es del todo exacto desde un punto de vista jurídico, que esas cosas deban considerarse como no enajenables, pues los panteones o tumbas son susceptibles de valoración económica y se encuentran, de hecho y de derecho, en el comercio; por lo demás, no existe previsión legal alguna que establezca su propiedad, de manera exclusiva y perpetua, en favor de la familia del fundador del panteón, del fundador de la tumba o del fundador de la familia respectiva; finalmente, las buenas costumbres, a lo sumo, podrían tener que ver con los restos que se encuentren en los panteones y tumbas, pero no con tales bienes en sí. Por todo ello, pensamos que nada se opone a la disponibilidad ni a la comercialidad de panteones y tumbas vacíos; ni tampoco, si contuvieren restos humanos, cuando el convenio incluye provisiones razonables y consideradas, en relación con su mantenimiento en el mismo sitio donde se encuentran o respecto de su traslado a otro lugar adecuado. En consecuencia, estimamos que tales bienes sí forman parte del patrimonio hereditario de las personas; lo cual, desde luego, en modo alguno implica desconocer que *–de facto* – por convencionalismos sociales y por consideraciones de tipo afectivo y familiar, no se acostumbra estimar a los panteones o tumbas en cementerios como partidas del correspondiente activo hereditario.

4 *Inst.:* JTR, Vol. XVI, p. 249.

5 Conviene tener en cuenta que dicho carácter de la herencia es una creación del Derecho Romano (al respecto, *cfr.: Digesto*, V, III, 50 y L, XVI, 119). Contrariamente, en el Derecho Germánico antiguo, la sucesión por causa de muerte no tenía carácter universal, sino que determinaba una serie de transmisiones singulares o a título particular, ya que la muerte de la persona determinaba la disgregación de su patrimonio.

del patrimonio hereditario en partes materiales. Por tal motivo, en la misma sólo caben las siguientes alternativas: i) que exista un sólo sucesor, a quien correspondería íntegramente la herencia; ó ii) que existan varios sucesores, siempre y cuando a cada uno de ellos corresponda una fracción ideal del patrimonio hereditario, considerada en relación con el todo, es decir, una parte alícuota (art. 834 CC) (cabe en todo caso aclarar que las alícuotas que correspondan a cada sucesor universal, en caso de existir varios, no tienen que ser iguales entre sí, pero la suma de ellas ha de representar la totalidad de la herencia).

Constituye una peculiaridad de la herencia, así entendida, que la misma está integrada no sólo por las relaciones jurídicas activas (derechos subjetivos) que tenía en su patrimonio la persona que muere, sino también por las relaciones jurídicas pasivas (obligaciones) a su cargo; y también, por la posesión que dicha persona estuviera ejerciendo para el momento de su muerte.

En efecto, dentro de la herencia del fallecido, figuran todas sus obligaciones pendientes de cumplimiento (arts. 1.110-1.115 y 1.252-1.256 CC): más aún, la transmisión de las obligaciones de quien muere a sus herederos, constituye –precisamente– uno de los fundamentos básicos del Derecho de Sucesiones, como ya dijimos (*supra*, n° 2). Ahora bien, es perfectamente normal que una persona pueda transmitir a otra sus bienes o derechos, por acto entre vivos o por acto *mortis causa*, toda vez que el transmitente o causante es el titular de esos bienes o derechos; pero la persona que fallece no es la titular de sus obligaciones, sino la deudora de ellas y sin embargo las transmite a sus herederos, lo cual es ciertamente una situación muy sui géneris.

Por otra parte, es también perfectamente lógico y razonable que una persona pueda transmitir a otra, sus bienes o derechos, como hemos dicho poco antes: pero ciertamente constituye algo muy peculiar de la sucesión universal por causa de muerte, que dentro de la herencia respectiva el heredero reciba también la posesión que venía ejerciendo la persona que ha muerto –que no es un derecho sino un hecho– y, además, sin necesidad de aprehensión material por parte de dicho heredero (art. 995 CC), como tendremos oportunidad de explicar más adelante (*infra*, n° 6, E, i)[6].

---

6 En cambio, no constituye parte de la herencia de la persona fallecida, la indemnización proveniente de un contrato de seguro de vida o de muerte celebrado por la persona que fallece, ni siquiera cuando sus beneficiarios son sus mismos herederos y dicha indemnización les corresponde en idénticas proporciones a las de sus respectivas cuotas hereditarias, pues tal indemnización tiene por fuente un acto entre vivos, como lo es el contrato de seguro y no un acto *mortis causa* (por la misma razón, la indemnización en cuestión tampoco puede conceptuarse como legado en favor de los mismos herederos o de alguno de ellos o de tercera persona, según fuere el caso). Al respecto, *cfr.*: C. Vivante, *Del Contrato de Seguro - De la Prenda - Del Deposito en los Almacenes Generales*, trad. S. Sentis M., Ediar, Buenos Aires, 1952, Vol. II, nº 585, pp. 138-139 (la obra citada corresponde al T. XV del tratado sobre *Derecho Comercial*, de Bolaffio, Rocco & Vivante); V. Salandra, *Dell'Assicurazione*, 2a. ed., Zanichelli, Bologna, 1955, p. 366 (la obra citada corresponde

D. Lo antes dicho no impide que al fallecer una persona, puedan además producirse sucesiones particulares de determinados bienes o relaciones jurídicas existentes en su patrimonio y ello, en todo caso, en nada afecta el carácter de universal que corresponde a la sucesión en el resto del patrimonio en cuestión, considerado como una unidad compleja. Más aún, precisamente porque la herencia es una entidad conceptual o *nomen juris*, la misma existe aunque –de hecho– la totalidad de los bienes que constituya el patrimonio de la persona fallecida sea objeto de sucesiones a título particular por causa de muerte[7].

Las sucesiones a título particular y por causa de muerte, son los *legados* (ap. del art. 834 CC).

De todo lo anteriormente expuesto podemos ahora concluir, que la denominación de *Derecho Hereditario* que tiene la parte del Derecho Civil objeto del presente estudio, no es del todo precisa, ya que pareciera referirse únicamente a las sucesiones universales por causa de muerte, cuando en realidad también comprende las sucesiones *mortis causa* a título particular. Pero, de otra parte, cabe igualmente hacer notar defecto análogo en la denominación de *Derecho de Sucesiones,* también empleada para esta rama del Derecho Civil, puesto que tal disciplina no comprende la normativa de todos los medios en virtud de los cuales se producen cambios en la titularidad de las relaciones jurídicas patrimoniales, sino única y exclusivamente de los que son por causa de muerte.

En todo caso, es tradicional en la legislación y en la doctrina de los países latinos, tanto de Europa como de América (y también de muchos otros países no latinos),

---

al Vol. sobre los arts. 1.861-1.932 del *Commentario del Codice Civile*, al cuidado de A. Scialoja y G. Branca); F. Messineo, *Manual de Derecho Civil y Comercial,* trad. S. Sentís M., EJEA, Buenos Aires, 1955, T. VI, nº 160, 28, pp. 179-180.

Tampoco constituye parte de la herencia, al menos un principio, ciertos derechos que la legislación social consagra en favor de algunos familiares u otros relacionados del trabajador, cuando éste fallece, los cuales no se gobiernan por los principios del Derecho Hereditario sino por los del Derecho Laboral. Así: i) la indemnización de antigüedad, cuando la relación de trabajo se extingue por muerte del trabajador (Parag. Tercero del art. 108 de la Ley Orgánica del Trabajo); ii) la indemnización que determina el fallecimiento del trabajador, por accidente o por enfermedad profesional (arts. 567-569 *ejusdem*); iii) la pensión de sobrevivientes, causada por la muerte de un trabajador asegurado en el Seguro Social, o por la muerte de un beneficiario de pensión de invalidez o de vejez, prevista en los arts. 32-40 de la Ley del Seguro Social y en los arts. 164-167 de su Reglamento; y iv) la pensión de sobreviviente a quese refieren los arts. 68 y 69del Decreto Ley No. 426 del 26-10-99, que regula el subsistema de pensiones, con la excepción prevista en el art. 70 del mismo. En igual sentido, *Cas.:* GF-III, Nº 100, p. 804. Por el contrario, sí son parte de la herencia, una vez deducida la porción que corresponda al cónyuge sobreviviente o al concubino, por concepto de comunidad, si fuere el caso, los demás derechos pecuniarios que tuviere la persona que fallece, por razón de su trabajo, tales como: salarios, vacaciones y utilidades legales, pendientes de pago para la fecha de la muerte del trabajador; intereses acumulados sobre su indemnización de antigüedad; y cualesquiera otros que deriven de la ley o del contrato de trabajo (individual o colectivo).

7 *Inst.:* JTR, Vol. III, pp. 161-162.

denominar indistintamente Derecho Hereditario o Derecho de Sucesiones, a la materia que nos ocupa.

## 4. Ubicación del Derecho de Sucesiones en el CC

En el CC venezolano, el Derecho Hereditario figura en el Título II (bajo el nombre "*De las sucesiones*") del Libro III del Código Civil, que se intitula "*De las maneras de adquirir y transmitir la propiedad y demás derechos*"[8]: tal ubicación de esta materia ha sido tradicional en nuestro medio, con las sólas excepciones de nuestros dos primeros CC (los de 1862 y de 1867).

No obstante, ello es ciertamente criticable, puesto que el papel de las sucesiones por causa de muerte no se limita a constituir un simple medio de transmisión de la propiedad y demás derechos: hemos visto poco antes que existe herencia independientemente de que haya o no en el patrimonio de la persona que fallece, derechos susceptibles de transmisión *mortis causa*; y que, por otra parte, tales derechos, en caso de existir, no agotan en sí y de por sí, el concepto y la trascendencia de la herencia.

Parte de la legislación extranjera vigente trata también a las Sucesiones, como uno de los diferentes medios de adquirir la propiedad y demás derechos: tal es el caso, entre otros, de los CC de Bélgica, España y Francia. En algunos CC, como los de Austria y Holanda, el Derecho Hereditario figura en el mismo Libro correspondiente a Derechos Reales, lo cual es aun peor. Pero en los CC de Brasil, Colombia, Chile, Italia, México, Suiza y otros, sí aparece debidamente colocada en un Libro propio y específico. Finalmente, ciertos CC, como el de Argentina, dan a la materia una ubicación diferente de todas las anteriormente indicadas.

## 5. Títulos de la Sucesión por Causa de Muerte

En términos teóricos y generales, la sucesión por causa de muerte puede tener tres títulos o fuentes: el testamento, la ley y el pacto.

A. El *testamento* es el acto mediante el cual una persona dispone, para después de su muerte, de la totalidad o de parte de su patrimonio. El testamento da lugar a la *sucesión testamentaria,* que, a su vez, puede ser a título universal (institución de heredero) o a título particular (institución de legatario).

La legislación venezolana reconoce el testamento como título o fuente de sucesiones por causa de muerte (arts. 807 y 833 CC); más aún, nuestro Derecho

---

8 El Libro I del CC, corresponde al Derecho de Personas y al Derecho de Familia; y el Libro II, al Derecho de Bienes (Derechos Reales). A su vez, en el Libro III de dicho CC, el Título I está dedicado a la ocupación; el Título II, a las *sucesiones por causa de muerte*; el Título III a las obligaciones; los Títulos IV a XX, a los contratos; y los Títulos XXI a XXIV, a los privilegios e hipotecas, al registro público, a las ejecuciones, cesión de bienes y beneficio de competencia y a la prescripción, respectivamente.

Hereditario sigue la regla universal de establecer que dicha fuente de sucesiones –en principio– priva o tiene prelación sobre la ley (ap. del art. 807 CC).

B. La *ley* también establece y regula la sucesión por causa de muerte (arts. 807 y 822-832 CC) y da lugar a la *sucesión intestada* (o *ab intestato*) o *sucesión legal* o *sucesión legítima* (la cual no debe ser confundida con la institución de la legítima, a que se refieren los arts. 883-894 CC, *infra*, Capítulos VIII y IX) y que únicamente puede ser a título universal (institución de heredero).

En principio (y excepción hecha de la aludida institución de la legítima), la sucesión legal o *ab intestato* es de carácter supletorio, es decir, sólo tiene lugar a falta total o parcial de testamento (ap. del art. 807 CC). Se dice que hay falta total de testamento, cuando la persona de cuya sucesión se trata no deja testamento válido o eficaz; existe falta parcial de testamento, cuando si bien el causante deja testamento, éste no cubre la totalidad de su patrimonio hereditario o si lo cubre, es parcialmente ineficaz. En tales casos, la sucesión legítima tiene lugar respecto de la porción del patrimonio hereditario no cubierta o no gobernada por el testamento.

De acuerdo con lo indicado, pues, tanto el testamento como la ley, pueden determinar sucesiones universales por causa de muerte, que dan al causahabiente el carácter y la condición de *heredero*; pero en cambio, al menos en legislaciones como la nuestra, sólo el testamento puede dar lugar a sucesiones particulares por causa de muerte, que dan al causahabiente el carácter y la condición de *legatario*.

A los fines de evitar cualquier confusión al respecto, conviene también tomar en cuenta ciertas peculiaridades de la materia de Sucesiones en la legislación francesa (que copia el CC belga), las cuales son totalmente contrarias a nuestro sistema legal.

El primitivo Derecho Germánico no conoció el testamento; de allí surge el principio *der Erbe wird geboren, nicht erkoren* (no puede instituirse al heredero), que pasó después al antiguo Derecho Francés bajo la expresión *Deus solus heredem facere potest* (sólo Dios puede hacer al heredero). Tales ideas estaban aun vigentes en la época de Napoleón, lo cual explica que sus legisladores denominaran "sucesiones" sólo a las legítimas o *ab intestato* (arts. 718 - 892 CC francés, que figuran en el Título I del Libro III de dicho CC, con la denominación "De las sucesiones"); y prefirieran la expresión "liberalidades" para referirse a las donaciones y a la sucesión testamentaria (arts. 893-1.100 CC francés, que aparecen en el Título II del mismo Libro de ese CC, con la denominación "De las donaciones entre vivos y de los testamentos").

De dicha normativa (que copió textualmente el CC belga), resulta que sólo es heredero el sucesor universal legal o legítimo.

El sucesor testamentario es siempre un simple legatario, que puede ser universal, a título universal o particular (art. 1.002 CC francés y belga).

Se habla de *legado universal,* cuando la persona que muere deja testamento en el cual instituye a una o a varias personas por la totalidad de su patrimonio (art. 1.003 CC francés y belga); el *legado a título universal* es la disposición testamentaria mediante la cual se instituye a una o a varias personas por determinadas porciones alícuotas del patrimonio del testador, tales como la mitad, una cuarta parte, etc. (art. 1.010 CC francés y belga); finalmente, el *legado particular* es la institución testamentaria cuyo objeto es una o varias relaciones jurídicas económicas, individualizadas, de las que existen en el patrimonio del testador (art. 1.014 CC francés y belga).

Respecto de lo antes dicho, cabe observar que no se trata de una simple disquisición terminológica, sino que la diferenciación indicada es de carácter conceptual: sólo el heredero (y no el legatario universal, o a título universal, o particular), sucede al difunto en el pasivo patrimonial de éste; únicamente el heredero (y no el legatario universal, o a título universal, o particular), está obligado a colación; etc., etc.

C. El *pacto, contrato* o *convenio*, es también admitido por ciertas legislaciones –fundamentalmente las de tipo germánico– como causa o título de sucesión por causa de muerte, tanto a título universal como a título particular; así sucede, por ejemplos, en Alemania (arts. 2.274-2.302 CC); en Austria (arts. 602, 1.249 y 1.251-1.254 CC); y en Suiza (arts. 481, 494- 495 y 534-536 CC).

La legislación venezolana, como la de los países latinos en general, no permite pactos sobre sucesiones futuras y, en consecuencia, no reconoce al contrato como fuente o título de sucesión por causa de muerte, sea universal o particular e independientemente de que el pacto se refiera a la herencia propia o a una herencia ajena. La prohibición de carácter general de tales pactos, está consagrada en el ap. del art. 1.156 CC: "no se puede renunciar una sucesión aun no abierta, ni celebrar ninguna estipulación sobre esta sucesión, ni aun con el consentimiento de aquél de cuya sucesión se trate"; y aparece reiterada en el art. 1.022 CC ("no se puede, ni aun por contrato de matrimonio, renunciar a la herencia de una persona viva, ni enajenar los derechos eventuales que se puedan tener a aquella herencia") y en el art. 1.484 CC ("es inexistente la venta de los derechos sobre la sucesión de una persona viva, aun con su consentimiento").

El legislador, en los países latinos como el nuestro, se ha basado en una serie de motivos para excluir el pacto como causa de sucesión por causa de muerte. Algunos de ellos tienen que ver con el propio interés de las partes, pero la mayoría resulta de consideraciones atinentes al orden público y a las buenas costumbres.

Se prohiben los convenios sobre *sucesiones ajenas* (a título universal o particular), es decir, sucesiones provenientes de terceras personas pero que se supone han de beneficiar al enajenante, ya que los mismos, desde el punto de vista económico, sólo

presentan inconvenientes. En efecto, en tales estipulaciones el adquirente no tiene ni puede tener garantía alguna de que recibirá la herencia o el legado prometido, puesto que ello no depende fundamentalmente del enajenante sino de la persona de cuya sucesión se trata, quien en todo caso puede –al menos dentro de ciertos límites– no dejar a dicho enajenante la herencia o el legado en cuestión, lo cual bastaría para impedir que se cumpliera el referido pacto. Por lo demás, la circunstancia de que la persona de cuya sucesión se trata diera también su consentimiento al pacto, en nada puede modificar la indicada ausencia de garantía, puesto que todo acto de última voluntad de una persona (como lo sería prestar dicho consentimiento), es esencialmente revocable (*infra*, nº 25,6).

Igualmente se prohiben los pactos sobre la propia herencia, es decir, la herencia del mismo enajenante, ya que ellos, a más de atentar también contra dicho principio de la revocabilidad esencial de los actos de última voluntad, implican una absurda renuncia de parte del enajenante, a disponer de su patrimonio mientras viva (lo cual significaría –de hecho y de derecho– una incapacidad de ejercicio creada contractualmente).

Por lo demás, todo pacto sobre sucesión futura, propia o ajena, suele tener como razón de ser la penuria en que se encuentra el enajenante o el ánimo de disipación de éste, lo cual generalmente determina que el precio que al efecto se estipula sea sustancialmente inferior al valor real de la sucesión en cuestión. Fuera de que hay algo que va contra las buenas costumbres en eso de especular sobre la muerte de familiares o de amigos, lo que también podría hacer nacer intenciones criminales contra la persona de cuya sucesión se trata[9].

Los pactos sobre sucesión futura son totalmente ineficaces, pues adolecen de nulidad absoluta.

## 6. Principios Generales de la Sucesión Universal

En términos generales, podemos decir que las reglas o los principios generales básicos que gobiernan a la sucesión a título universal, son los siguientes:

---

9 Al respecto, *cfr.:* F. López Herrera, *La Nulidad de los Contratos en la Legislación Civil de Venezuela*, El Cojo, Caracas, 1952, pp. 131-132; E. Maduro Luyando & E. Pittier Sucre, *Curso de Obligaciones*, 12ª ed., UCAB, Caracas, 2002, T II, no. 1056, pp. 702-705; J. Melich-Orsini, *Doctrina General del Contrato*, 3a ed. Ed. Arte, Caracas, 1997, no. 195, pp. 243-246.

Según una antigua jurisprudencia, no debe considerarse como pacto sobre sucesión futura, el convenio en virtud del cual los comuneros acuerdan mantener la comunidad existente entre ellos, con la peculiaridad de que al ir falleciendo cada uno, su cuota de comunidad pasa a la propiedad de los comuneros sobrevivientes (*Cas.*: M. 1914, p. 101). A nuestro modo de ver, tal decisión es errónea y el convenio en referencia sí debe calificarse como pacto sobre sucesión futura.

### A. El heredero continúa y representa la voluntad del causante

Este principio no significa, ni podría significar, que el heredero continúa la personalidad jurídica del causante, es decir, que a la propia personalidad del heredero se agrega la de la persona a quien sucede; ni tampoco puede entenderse como que el heredero deba considerarse una especie de mandatario *post mortem* de su causante. En efecto, cuando una persona natural muere, su personalidad jurídica desaparece y se extingue desde ese momento y para el futuro, motivo por el cual nadie podría continuarla y no tendría sentido alguno representarla.

Se dice que el heredero continúa y representa la voluntad del causante, simplemente para significar y para explicar de una manera bastante gráfica por cierto, que –jurídicamente hablando– no hay ni existe solución de continuidad entre la titularidad que tenía el causante, cuando vivía, respecto de su patrimonio y la titularidad de ese mismo patrimonio por parte del heredero, una vez fallecido aquél: en otras palabras, que –en derecho– la muerte del causante no determina, ni puede determinar, espacio o vacío alguno, en cuanto a la titularidad de las relaciones que constituyen la herencia, pues se considera que las mismas pasan automáticamente al patrimonio del nuevo titular (heredero), en el preciso instante del fallecimiento del anterior (causante) (*infra*, n° 7-C, *in fine*).

De dicha situación deriva que no puede haber sucesión universal de carácter temporal, sino que ella tiene que ser siempre perpetua. Por tal motivo no puede haber institución de heredero a término (inicial o final) (art. 916 CC); tampoco puede aceptarse la herencia parcialmente, ni a término, ni bajo condición (art. 997 CC); y el efecto de la aceptación de la herencia se retrotrae a la fecha del fallecimiento del causante (art. 1.001 CC).

### B. La circunstancia de que haya más de un heredero no afecta la unidad conceptual del patrimonio hereditario

Hemos dicho poco antes, que por ser la herencia un *nomen juris*, no es susceptible de división en partes materiales; por tal motivo, si en una sucesión universal hay varios sucesores, a cada uno de ellos debe corresponder una fracción ideal del patrimonio hereditario, considerada en relación con el todo, es decir, una parte alícuota (*supra*, n° 3, C). En consecuencia, la circunstancia de que existan varios sucesores universales, no disgrega la unidad conceptual del patrimonio hereditario, pues simplemente determina que a cada uno de ellos corresponda un derecho de copropiedad sobre toda esa unidad patrimonial.

El indicado principio constituye el fundamento del derecho de acrecer entre coherederos (arts. 942 y sigs. CC) (*infra*, nos. 71 y 71-A).

## C. PUEDE HABER, A LA VEZ, SUCESIÓN UNIVERSAL Y SUCESIÓN PARTICULAR

Los conceptos de sucesión universal y de sucesión particular por causa de muerte, no son excluyentes entre sí. En consecuencia puede perfectamente ocurrir que un mismo patrimonio hereditario sea objeto de sucesión universal y de sucesión particular.

Lo antes dicho se produciría en los siguientes casos: cuando el causante deja testamento en el cual instituye a uno o a varios herederos y también a uno o a varios legatarios; o cuando el causante deja testamento en el cual se limita a instituir a uno o a varios legatarios, caso en el cual el resto de su patrimonio se gobierna por las reglas legales sobre sucesión *ab intestato*. En una y otra hipótesis, la regla es que los legatarios tienen –en principio– prelación sobre los herederos, pues a aquéllos corresponde la condición de acreedores de la herencia, lo cual significa que, en tales casos, el patrimonio hereditario neto se reduce –de hecho y de derecho– a lo que quede del patrimonio del causante, deducción hecha de los legados instituidos por éste (todo ello sin perjuicio de la legítima que pueda corresponder a los herederos legitimarios del causante, si los hubiere: *infra*, Capítulos VIII y IX).

## D. PUEDE HABER, A LA VEZ, SUCESIÓN UNIVERSAL TESTAMENTARIA E INTESTADA

En el Derecho venezolano, como en general en las legislaciones vigentes de origen latino, no rige la regla romana *nemo pro parte testatus pro parte intestatus descedere potest* (no se puede morir parte testado y parte intestado)[10]. Dicha regla, que en la Roma antigua tenía el carácter de un auténtico axioma, se justificaba allá, toda vez que lo fundamental en la sucesión universal por causa de muerte era la transmisión de la soberanía familiar (de la cual era simple accesorio la cuestión patrimonial) y, por ende, resultaba inadmisible que tal soberanía pudiera compartirse entre un heredero testamentario y otro *ab intestato*: por tales circunstancias, en habiendo heredero instituido por testamento, aunque lo fuera por sólo parte del patrimonio del causante, se le consideraba instituido por el todo y no podía ya funcionar la sucesión intestada.

En nuestro sistema legal, pues, sí pueden coexistir respecto de una misma herencia, la institución testamentaria y la institución *ab intestato* de sucesores universales. En todo caso no está de más repetir que "no hay lugar a la sucesión intestada, sino cuando en todo o en parte falta la sucesión testamentaria" (ap. del art. 807 CC), puesto que el testamento tiene prelación sobre la ley, como causa o título de las sucesiones por causa de muerte, excepción hecha de la institución de la legítima (*supra*, n° 5, B).

---

10 *Institutas*, II, XIV, 5.

## E. LA TRANSMISIÓN PATRIMONIAL QUE DETERMINA LA SUCESIÓN A TÍTULO UNIVERSAL, NO MODIFICA LAS RELACIONES JURÍDICAS O DE HECHO QUE CORRESPONDÍAN A LA PERSONA QUE FALLECE

Esta regla, en términos generales, funciona respecto de todo tipo de sucesión, sea universal o particular, *mortis causa* o por acto entre vivos, puesto que la sucesión consiste en el simple cambio en la titularidad de una relación jurídica patrimonial, sin modificación en el objeto o contenido de la misma (*supra*, nº 3, A). Sin embargo, en materia de sucesión *per universitatem,* la misma tiene implicaciones muy significativas que no se plantean en otros tipos de sucesión.

i) Como señalamos poco antes (*supra,* nº 3, C, *in fine*) y tendremos oportunidad de estudiar posteriormente con más detalle (*infra*, nº 82-A), constituye una característica especialísima de la sucesión universal, que la posesión sobre bienes que estuviere ejerciendo la persona que fallece, para el momento de su muerte, pasa *ope legis* –es decir, automáticamente y de derecho– al heredero, sin necesidad de que éste entre materialmente a ejercer tal posesión (art. 995 CC): ello es lo que suele denominarse *posesión civilísima* o *posesión ficticia.*

Ahora bien, precisamente porque las relaciones patrimoniales de la persona que muere pasan a su heredero sin modificación o cambio alguno, esa posesión civilísima, por una parte, sólo funciona respecto de los bienes cuya posesión estuviere –de hecho– ejerciendo la persona que muere, sin extenderse a otros bienes respecto de los cuales el difunto tenía el derecho de poseer, pero no lo ejercía para el momento de su fallecimiento[11]. Por otra parte, la posesión que pasa de derecho, de la persona que muere a su heredero, por mandato del art. 995 CC, debe reputarse de buena fe o de mala fe, según como la haya ejercido el causante e independientemente de como la sea por el heredero: es decir, si el causante poseía de buena fe, la posesión que pasa al heredero debe también considerarse de buena fe (aunque dicho sucesor sea, de hecho, de mala fe); y si el causante poseía de mala fe, la posesión que pasa al heredero debe considerarse igualmente de mala fe (a pesar de que el sucesor sea, en realidad, de buena fe).

ii) También, como consecuencia del principio o regla en referencia, resulta que el heredero no puede atacar legítimamente los actos del difunto a quien sucede, sino única y exclusivamente cuando el propio causante, en vida, hubiera podido hacerlo. En efecto, como las relaciones jurídicas de la persona que fallece pasan a su heredero tal como se encontraban en el patrimonio de aquél, si en dicho patrimonio no existía acción para impugnar actos anteriores, mal podría tener el heredero titularidad para hacerlo.

---

11 *Cas.:* GF-III, Nº 91, pp. 343-344; GF-III, Nº 98, Vol. I, pp. 353-354.- *Inst.:* JTR, Vol. XII, pp. 604-608.

### F. La aceptación de la herencia produce confusión de los patrimonios del difunto y de su heredero

En principio, cuando el llamado por el testamento o por la ley a tomar la herencia de la persona de cuya sucesión se trata, la acepta, se produce el fenómeno de la confusión total de los patrimonios del fallecido y de su heredero: es decir, el activo hereditario se mezcla completa e indefectiblemente con lo que antes era el activo personal o propio del heredero; y el pasivo hereditario también se mezcla completa e indefectiblemente con lo que antes era el pasivo personal o propio del heredero.

Tal confusión de patrimonios, a su vez, genera una serie de consecuencias, de entre las cuales las más importes son: i) el activo personal o propio del heredero se suma al activo hereditario, para constituir la prenda común tanto de los acreedores personales o propios de dicho heredero, como también de los acreedores de la herencia (art. 1.864 CC); y ii) se extinguen los créditos que el heredero pudiera tener contra su causante y viceversa (art. 1.342 CC).

Sin embargo, la expresada regla de la confusión de patrimonios sufre una importantísima excepción, que es la *aceptación de la herencia bajo beneficio de inventario*: se trata de un instituto del Derecho hereditario (arts. 1.023-1.048 CC), creado para favorecer al heredero que desea o que tiene que evitar la confusión de patrimonios derivada de la aceptación normal (o *pura y simple*) de la herencia, por temor de que el pasivo hereditario exceda del activo (*infra*, Capítulo XVIII).

## 7. Momentos de la Sucesión por Causa de Muerte

En la sucesión por causa de muerte en general y particularmente en la sucesión universal, existen tres momentos distintos, básicos y fundamentales, que se denominan: *apertura* (de la sucesión), *delación* (de la herencia o del legado) y *adquisición* (de la herencia o del legado).

La *apertura* de la sucesión es el momento en el cual un patrimonio queda sin titular. La *delación* de la herencia o del legado es el momento en el cual determinada persona es llamada por el testamento o por la ley para convertirse en nuevo titular del patrimonio vacante (sucesión universal) o de determinados bienes del mismo (sucesión particular). Y la *adquisición* es el momento en el cual dicho llamado, pasa efectivamente a ser titular del patrimonio en cuestión (sucesión universal) o de determinados bienes del mismo (sucesión particular).

De hecho, puede suceder que los tres referidos momentos ocurran en diferentes oportunidades, o que alguno de ellos suceda en una fecha distinta que los otros dos. Sin embargo –de derecho y en cuanto concierne a la sucesión *universal*– los tres momentos en cuestión, una vez realizados o cumplidos, se consideran simultáneos, es decir, acaecidos al mismo tiempo: en el exacto instante de la apertura de la sucesión, se produce la delación de la herencia y se lleva a cabo su adquisición por el heredero.

## 7-A. Apertura de la Sucesión

Como acabamos de indicar, la apertura es el momento determinante de la sucesión por causa de muerte y la constituye la circunstancia de que el patrimonio de una persona natural queda sin titular. Al respecto dispone el art. 993 CC: "La sucesión se abre en el momento de la muerte y en el lugar del último domicilio del *de cujus*". Tal previsión es de orden público y, en consecuencia, no puede ser derogada ni modificada por voluntad de los interesados[12].

De manera, pues, que el presupuesto indispensable para la apertura de una sucesión por causa de muerte, es –precisamente– la *muerte natural* del causante. Las legislaciones contemporáneas no reconocen ni admiten lo que en otras épocas se denominaba "muerte civil", que derivaba de la condena penal por comisión de ciertos delitos o de la profesión religiosa y que también determinaba la apertura de la sucesión del condenado o del profeso.

Por otra parte, como indica la norma antes transcrita, la sucesión por causa de muerte, se abre o se produce, precisamente en el instante del fallecimiento del *de cujus* y no antes ni después; e independientemente de cualesquiera circunstancias de hecho relacionadas con esa muerte o con los llamados a la sucesión.

La apertura de la sucesión por causa de muerte, no necesariamente se produce en el lugar geográfico donde fallece el causante, sino en el sitio donde el mismo tenía su *último domicilio legal*, que –en Venezuela– es el lugar donde se encuentra la sede principal de sus negocios e intereses, en el momento del fallecimiento (o donde la ley presume que se halla dicha sede, para entonces) (arts. 27, 30-31 y 33-34 CC)[13].

El sitio de apertura de la sucesión tiene relevancia, por una serie de motivos, varios de los cuales citamos a continuación, a manera de ejemplos. De una parte, el art. 43 CPC dispone que son competentes los tribunales del lugar de la apertura de la sucesión, para conocer: i) de las demandas sobre petición y división de herencia y de cualesquiera otras entre coherederos, hasta la división; ii) de las demandas de rescisión de la partición ya hecha y sobre saneamiento de las cuotas asignadas, siempre que se propongan dentro del bienio siguiente a la fecha de la partición; iii) de las demandas contra los albaceas que sean intentadas antes de la división (y si ésta no fuere necesaria, dentro del bienio siguiente a la apertura de la sucesión); iv) de las demandas de los legatarios y de los acreedores de la herencia, formuladas antes de dos años contados desde la partición de la herencia (o si ésta no fuere necesaria, desde la fecha de apertura

12 *Pol.:* GF-II, N° 56, pp. 23-24.

13 *Pol.:* GF-II, N° 56, p. 23; GF-II, N° 57, pp. 28-29.

de la sucesión)[14]. A su vez, el art. 1.023 CC establece la competencia de los tribunales de primera instancia en lo Civil del lugar de la apertura de la sucesión, para conocer del procedimiento de aceptación de la herencia bajo beneficio de inventario; y el art. 1.061 CC indica que corresponde a esos mismos tribunales todo lo relacionado con la tramitación y la decisión concernientes a la vacancia y a la yacencia de la herencia. Por otra parte, el art. 5 LIS indica que el impuesto sucesoral se causa en el momento de la apertura de la sucesión y el art. 34 *ejusdem* señala que la respectiva declaración de herencia debe presentarse a los correspondientes funcionarios del Ministerio de Finanzas, de la jurisdicción donde se causa el referido impuesto.

Finalmente, el momento de la apertura de la sucesión es determinante para establecer quiénes son las personas llamadas a la misma y con cuáles derechos.

Como la muerte del causante es un hecho, quien tenga interés en hacerlo valer, debe comprobarlo[15]. Normalmente la muerte de una persona se prueba con la correspondiente acta del registro del estado civil (arts. 445, 457 y 477 CC). Pero si los registros hubieren sido destruídos, o si fueren ilegibles, o si no se hubiesen llevado, o si se han interrumpido u omitido los asientos de ellos, se deberá seguir el procedimiento judicial a que se refiere el art. 505 CC (dentro del cual, como lo establece el art. 458 CC, puede utilizarse todo medio de prueba para demostrar el fallecimiento de que se trate); y la sentencia definitiva y firme respectiva (que debe insertarse en los correspondientes Libros de Defunciones del registro del estado civil, a tenor de lo indicado por el art. 506 CC), también constituye prueba de la muerte de la persona en cuestión (último ap. del art. 459 CC y art. 507 CC).

Si bien la *declaración de ausencia* no equivale a la muerte natural de la persona de quien se trata, la misma –una vez ejecutoriada– produce ciertos efectos que podríamos calificar de cuasi-sucesorales y que aparecen determinados en los arts. 426-433 y 441-444 CC. Y exactamente lo mismo cabe decir de la *declaración de muerte presunta por accidente o siniestro*, durante los tres años siguientes a la fecha de esa declaratoria (art. 439 CC).

En esencia, tales efectos son:

A) La autoridad judicial, a solicitud de parte interesada, debe ordenar la apertura de los actos de última voluntad (testamentos) que haya dejado el declarado ausente o del muerto presunto.

---

14 No obstante, el artículo en comentario prevé que si la sucesión se abrió en el exterior del país, las expresadas demandas pueden intentarse en el lugar donde se encuentre la mayor parte de los bienes del patrimonio hereditario, existentes en Venezuela. Por lo demás, las reglas sobre competencia consagradas por dicho art. 43 CPC no excluyen la del domicilio; pero si hubiere más de un demandado, todos deben tener un mismo domicilio para que las demandas aludidas puedan proponerse allí y no en el lugar del sitio de la apertura de la sucesión.

15 *Cas.*: GF-III, N° 108, Vol. II, p. 1163.

B) Quienes aparezcan como herederos del declarado ausente o del muerto presunto, para la fecha cuando se tuvo las ultimas noticias de su existencia, o los herederos de dichos herederos si fuere el caso, pueden solicitar de la autoridad judicial, la posesión provisional de los bienes del primero; y, de manera similar, quienes tengan sobre los bienes del ausente o del presunto muerto cualesquiera derechos que dependan de su muerte (*v.gr.:* sus legatarios), pueden igualmente pedir (contradictoriamente con los herederos del ausente o presunto muerto), se les acuerde el ejercicio provisional de esos derechos.

El juez debe fijar el monto de las cauciones reales o personales que han de constituir las personas antes aludidas, para poder ejercer la posesión de los bienes del ausente o del presunto muerto, o los derechos que dependan de la muerte de éste; si por circunstancias que el juez considere fundadas o razonables, no fuese posible prestar tales cauciones, dicha autoridad debe entonces determinar cualesquiera otras precauciones que considere convenientes en interés del ausente o del presunto muerto. Adicionalmente, la posesión provisional en referencia debe darse por inventario solemne de los bienes en cuestión.

Dicha posesión provisional da a sus titulares los derechos y crea para ellos las obligaciones siguientes: a) derecho de administrar el patrimonio del ausente o del presunto muerto y de ejercer en juicio las acciones que al mismo competan (sin embargo, no se puede admitir reclamación de derecho alguno del declarado ausente o del presunto muerto, si no se demuestra que éste existía cuando nació el derecho en cuestión); b) derecho de hacer suyo, desde el día cuando obtuvieren la posesión, el producto de las rentas o frutos de los bienes del ausente o del presunto muerto (si los poseedores en referencia no son el cónyuge, los descendientes o los ascendientes del ausente, el indicado derecho se reduce a la mitad de los frutos, durante los primeros cinco años de la posesión provisional); c) derecho de ser considerados poseedores de buena fe de los bienes del ausente o del presunto muerto (dentro de los límites antes señalados, concernientes a la apropiación del producto de las rentas o frutos de los bienes del ausente o presunto muerto); d) obligación de no realizar actos que excedan de los límites de la simple administración de los bienes del ausente o del presunto muerto, sin previa autorización judicial (por otra parte, la autoridad judicial puede acordar la venta de los bienes muebles del declarado ausente o presunto muerto, si así lo considera conveniente y determinar el destino de su precio); e) obligación de sostener los derechos e intereses del ausente o del presunto muerto, en los juicios que se propongan contra éste; f) obligación de restituír los frutos que no tenían derecho de hacer suyos –de ser el caso– si reaparece el ausente o el presunto muerto, o si se demuestra que otras personas tienen mejor derecho que ellos a la posesión provisional de los bienes del ausente o presunto muerto; y g) obligación de rendir cuentas de la administración de los bienes del ausente o del presunto muerto, si termina total o parcialmente la posesión provisional y el patrimonio del ausente o del presunto

muerto debe ser restituido a éste (por haber reaparecido) o a otras personas diferentes de dichos poseedores provisionales.

Como se trata de una simple posesión provisional, la misma está siempre sujeta a revisión por parte de la autoridad judicial. En consecuencia: l)si durante la misma se prueba que otras personas tienen derecho superior o igual al de los poseedores actuales, sobre los bienes del ausente o del presunto muerto, esa autoridad debe modificar tal posesión de la manera como corresponda (pero en todo caso, los poseedores originales tienen derecho a los frutos de esos bienes, hasta la fecha de la respectiva demanda); 2)si reaparece el ausente o el presunto muerto, o si se prueba su existencia, cesa la posesión provisional; 3) exactamente lo mismo sucede si se descubre de una manera cierta la época de la muerte del ausente o del presunto muerto.

Por último, la *declaración de muerte presunta como consecuencia de una previa declaración de ausencia* o el *transcurso de tres años desde la declaración de muerte presunta por accidente o siniestro*, producen efectos prácticamente equivalentes a los de la muerte natural de la persona, según se prevé en los arts. 434-435 y 440 CC.

En dichos casos, en efecto, el juez –a petición de cualquier interesado– debe acordar la posesión definitiva de los bienes y la cesación de todas las garantías que se hubieren previamente impuesto; y los beneficiarios de tal posesión definitiva pueden proceder a la partición de los bienes y tienen pleno derecho de realizar con ellos toda otra clase de actos de disposición.

Sin embargo, como sólo se trata de una presunción *juris tantum* de muerte de la persona a quien se refiere la declaración, ésta no puede tener efectos absolutos, motivo por el cual la ley prevé la posibilidad de que a posteriori reaparezca o se pruebe la existencia del ausente o del presunto muerto; o bien, que se descubra de manera cierta la fecha real de su fallecimiento (arts. 436-437 CC).

De volver el ausente o presunto muerto o de probarse su existencia, el mismo recobra sus bienes en el estado como se encuentren; tiene derecho de reclamar a los respectivos adquirentes el precio de las correspondientes enajenaciones, si aún lo debieren o de reclamar a los poseedores los bienes provenientes del empleo de dicho precio, si fuere el caso.

Si se descubre la fecha real del fallecimiento de la persona afectada por la declaración de muerte y de ello resulta que no son los poseedores definitivos de los bienes del presunto muerto los verdaderos sucesores de éste, entonces tales verdaderos sucesores pueden interponer las acciones que les competan, si no hubieren prescrito.

## 7-B. Delación de la Herencia o del Legado

Mientras la sucesión no se ha abierto, existe sin embargo un llamado virtual a suceder a la persona de quien se trata, para cuando efectivamente ella muera, el cual proviene del testamento de esa persona o de la ley. Así por ejemplo, aún cuando los

padres viven, sus hijos están llamados a sucederles, una vez que aquéllos fallezcan. Ese llamado virtual, que no es un derecho adquirido (y que por ende no puede ejercerse), sino que es una simple expectativa de derecho, se denomina *vocación*. La vocación hereditaria puede ser testamentaria o intestada, según que el llamado en cuestión lo haga el testamento o la ley.

También puede hablarse de vocación para suceder a título particular y por causa de muerte: tal sería el llamado virtual que recibe el legatario instituido por una persona que todavía vive. Desde luego, esa vocación siempre es testamentaria, pues no hay sucesión legal y *mortis causa*, que sea particular (*supra*, n° 5, A y B).

De acuerdo con lo antes dicho, bien puede suceder que una persona tenga vocación hereditaria (o vocación a determinada sucesión particular por causa de muerte) respecto de otra persona, en un momento dado y deje de tenerla después o viceversa. *Vgr.*: los padres tienen vocación hereditaria intestada respecto de su hijo, mientras éste –a su vez– carece de descendencia; pero al tener el hijo un hijo suyo, desaparece aquella vocación. Igual sucede con la persona instituida como legataria de determinado bien, que tiene vocación a la sucesión particular por causa de muerte resultante de ese legado, mientras el testamento existe; pero dicha vocación desaparece al quedar revocado el acto de última voluntad. Y a la inversa: una persona puede no tener vocación hereditaria en relación con otra, en determinado momento; pero si después la persona de cuya sucesión se trata otorga testamento e instituye a la primera, surge la vocación de ésta.

La *delación*, por el contrario, es el momento en el cual el llamado a una herencia puede hacerla suya (o en el cual el instituido por un legado puede hacerlo suyo). De manera que la delación no constituye un simple llamado virtual, sino un llamado concreto, real y efectivo, que el testamento o la ley hace a una persona, para que suceda a otra por causa de muerte (art. 807 CC). En otras palabras, se trata ahora de la vocación transformada en derecho adquirido. La delación convierte al llamado en *sucesor* (*supra*, n° 3, A, *in fine*).

Así como la muerte del causante es el supuesto indispensable para que se dé el momento de la apertura de la sucesión, como vimos poco antes (*supra*, n° 7-A), la *existencia* de la persona llamada a la sucesión abierta, es el prerrequisito necesario del momento de la delación: evidentemente no podría haber sucesión por causa de muerte, si falta la persona que ha de ser el nuevo titular del patrimonio o de los bienes en cuestión.

En consecuencia, no puede hablarse de delación, si la persona que eventualmente habría recibido el llamado para subentrar como titular del patrimonio del causante, no está aún concebida para el momento de la apertura de la sucesión de éste; o ha premuerto al *de cujus*; o ha sido declarada ausente o muerta presunta.

El *no concebido*, no es persona natural y, por ende, no puede ser titular de derechos (arts. 16-17 CC); resulta claro, por tanto que no puede recibir llamado sucesoral algu-

no, como por lo demás lo confirman los arts. 809 y 840 CC. En situación similar se encuentran –por argumento *a contrario* de la regla contenida en el art. 19 CC– los *entes que carecen de personalidad jurídica*, pues tampoco pueden ser titulares de derechos.

No obstante existen importantes excepciones al respecto:

i) Pueden ser llamados o instituidos por testamento, los descendientes inmediatos de una persona viva para la fecha de la apertura de la sucesión, aunque aquéllos no estén aún concebidos (ap. del art. 840 CC). Esta excepción se explica como una institución testamentaria bajo condición suspensiva (art. 925 CC) (*infra*, nº 30-A, A, a).

ii) Pueden ser llamadas o instituidas por testamento, las fundaciones que el propio testador establezca por acto de última voluntad. Esta excepción se explica en razón de la presunción legal prevista en el penúltimo ap. del art. 19 CC, según la cual tales fundaciones se consideran existentes desde la fecha de otorgamiento del testamento, si efectivamente se cumplen las correspondientes formalidades de ley, relativas a su constitución, después de la apertura de la sucesión[16].

iii) Se admite que mediante testamento puede el causante ordenar la constitución de una persona jurídica civil o mercantil, a la cual –al propio tiempo– llama o instituye en ese mismo acto de última voluntad. Tal excepción se explica como una institución condicional o modal, de la persona que deba cumplir el referido encargo; más adelante volveremos sobre el tema (*infra*, nº 30-A, A, b).

Quien *premuere* a la persona de cuya sucesión se trata, no puede ser llamado a ella, puesto que le es imposible ser titular de derechos. De manera que el llamado

---

16 De acuerdo con las disposiciones del ordinal 3° del art. 19 CC, las fundaciones adquieren personalidad jurídica, mediante "la protocolización de su acta constitutiva en la Oficina Subalterna de Registro del Departamento o Distrito [hoy Municipio] en que hayan sido creadas"; pero con la promulgación del DLRN, la constitución de las fundaciones debe ahora hacerse mediante su inscripción en la correspondiente sección registral del Registro Civil (art. 64). Pues bien, en caso de que la fundación derive de la última voluntad de una persona, el testatestamento de ella puede limitarse a ordenar a los demás herederos o al albacea, la constitución de la misma, a la cual igualmente instituye como heredera o como legataria; pero también podría incluir en el testamento el texto del acta constitutiva de la fundación en referencia. En la primera hipótesis, los otros herederos o el albacea del testador, según el caso, debían proceder a elaborar el acta constitutiva de la fundación, de acuerdo con los lineamientos señalados en el testamento y a registrarla o inscribirla en la respectiva oficina registral. En la segunda hipótesis, a fin de dejar cumplidas las formalidades que exige el citado art. 19 CC, bastaría a nuestro juicio que dichos otros herederos o el albacea, según se trate, hicieran inscribir de nuevo el testamento del *de cujus* en el Protocolo Primero (que correspondía -entre otros instrumentos- a los de las fundaciones, según la antigua y derogada Ley de Registro Público); o a inscribirlo en la apropiada sección registral del Registro Civil (según el nuevo régimen establecido por el DLRN).
(En todo caso, debemos señalar que llama la atención, las observaciones de L.I. Bastidas, sobre el penúlt. ap. del art. 19 CC, por confusas e incluso por contradecir normas legales claras y precisas; al respecto, *cfr.*: *Comentarios y Reparos al Proyecto de Código Civil*, Ed. Bolívar, Caracas, 1939, T. I, pp. 40-41).

por el testamento o por la ley a suceder por causa de muerte, tiene que sobrevivir al causante, aunque sólo sea por una fracción de segundo (arts. 953 y 994 CC).

Puede suceder y de hecho sucede, que varias personas fallezcan simultáneamente; o que, habiendo todas ellas fallecido en un mismo acontecimiento, resulte imposible determinar el orden cronológico de sus respectivas muertes. Tal situación, que la doctrina denomina *comoriencia*, puede derivar de circunstancias meramente casuales, pero generalmente se produce como consecuencia de siniestros o accidentes. En materia de sucesiones por causa de muerte, los casos de comoriencia interesan, precisamente, cuando se trata de personas llamadas recíprocamente a sucederse, sea por testamentos o por la ley.

Las normas del Derecho Romano, concernientes a la comoriencia, eran bastante complicadas. La regla general consistía en que si varias personas con derechos hereditarios recíprocos fallecían en un mismo siniestro, ninguna de ellas sucedía a las otras, a menos que se probara que había sido la última en morir[17]. Sin embargo, la misma sufría excepción cuando se trataba de la muerte de padre e hijo, ya que entonces se presumía la supervivencia del más fuerte: por ende, si el hijo era púber, se consideraba que había fallecido después del padre y a la inversa, si el hijo era impúber[18]; y, a su vez, tal excepción tenía excepciones en ciertos casos especiales, como eran el derecho de patronato y los fideicomisos, en los cuales, aún cuando se tratara de padre e hijo muertos en el mismo accidente, no funcionaba presunción alguna, sino la regla general primeramente indicada[19].

El Código Napoleón original, cuando trataba la materia de la aparente comoriencia derivada de un mismo acontecimiento y que afectaba a varias personas con derechos recíprocos de sucesión, desarrollaba la tesis romana sobre presunciones y establecía todo un sistema de acuerdo con el cual, a falta de prueba en contrario, debía considerarse que dichas personas perecían en el mismo orden de su debilidad física natural, según las circunstancias específicas de edad y sexo: los ancianos fallecían primero que los niños y éstos, a su vez, antes que las personas adultas; y dentro de cada grupo de edades, los varones morían después que las hembras (arts. 720-722).

Por su parte, el CC italiano de 1865, bajo la apariencia de consagrar también en los casos aludidos una presunción de comoriencia, simplemente reitera el principio general y básico del Derecho Probatorio: quien alega un hecho para invocar un derecho, debe comprobar el hecho en cuestión; y a falta de tal prueba, no puede deducir derecho alguno en su favor (art. 924, que equivale al art. 4 CC italiano vigente).

17 Digesto, XXXIV, V. 18.

18 Digesto, XXXIV, V. 9, 4

19 Digesto, XXXVI, I, 17, 7.

Ese mismo principio es el acogido por nuestro CC en su art. 994, cuyo texto es el siguiente: "Si hubiere duda sobre cuál de dos o más individuos llamados recíprocamente a sucederse, haya muerto primero que el otro, el que sostenga la anterioridad de la muerte del uno o del otro deberá probarla. Al falta de prueba, se presumen todos muertos al mismo tiempo y no hay transmisión de derechos de uno a otro".

En efecto, a pesar de la redacción de la parte final de la norma, ésta no consagra presunción legal alguna, sino que repite la regla general de que quien alega un hecho, debe probarlo; y, a falta de esa prueba, no se puede considerar el hecho en cuestión como jurídicamente verdadero[20].

Tampoco puede recibir llamado a sucesión alguna por causa de muerte el *declarado ausente* ni el *declarado muerto presunto*, puesto que, por hipótesis, se ignora la existencia de uno u otro, para el momento de la apertura de aquélla. Es por ello que el art. 442 CC indica que, en caso de abrirse una sucesión a la cual sea llamada una persona cuya existencia no conste, tal sucesión no pasa a los herederos de ésta, sino a las personas que tengan derecho de concurrir a la sucesión con el ausente o muerto presunto, o a las personas a quienes correspondería la sucesión en cuestión a falta del ausente o muerto presunto, según fuere el caso (sin perjuicio del derecho de representación, si corresponde: *infra*, nº 17 y sigs.).

La delación hace nacer, en favor del llamado, un derecho que se denomina *jus delationis* y que tiene tres características fundamentales: su contenido alternativo, su transmisibilidad y su unicidad.

Se dice que el *jus delationis* es de carácter alternativo, pues otorga a su titular la facultad de optar bien por hacer suya la sucesión a que ha sido llamado, mediante su aceptación; o de rechazarla, mediante su repudiación. El *jus delationis*, por otra parte, pasa a formar parte del patrimonio de su titular, de manera que si éste fallece sin haberlo ejercido –es decir, sin haber optado por aceptar o por repudiar la herencia o el legado a que ha sido llamado– tal derecho alternativo pasa entonces a los herederos de dicho titular, quienes a su vez, pueden optar por aceptar o por repudiar la herencia o el legado primeramente aludido (arts. 927, 1.007 y 1.009 CC)[21]. La unicidad del *jus delationis* consiste en que cuando en la sucesión por causa de muerte, el llamado opta por no aceptar (la herencia o el legado que se le defiere), entonces se produce un nuevo llamado, sea del testamento o de la ley, en favor de otra persona y así sucesivamente, hasta que alguien acepte la sucesión (o hasta que ésta quede vacante): pero

---

20 En el caso que nos ocupa, el hecho a ser alegado, consistiría en que, en determinada situación de apariente comoriencia, no la hubo en la realidad, pues una de las personas fallecidas murio después de la otra: si tal supervivencia no se demuestra, no puede considerarse juridicamente que la hubo. En dicha circunstancias, por lo tanto, no existe en Derecho otra alternativa, que la de considerar a ambas personas como fallecidas simultáneamente.

21 Por el contrario en el Derecho Romano clasico, el *just delationis* era de carácter personalísimo y, por ende, no se transmitia; al respecto, *cfr.*: Código, VI, I.I, 5.

jurídicamente se reputa, i) que sólo ha sido llamado el sucesor que en definitiva acepta la herencia o el legado respectivo; ii) que dicho sucesor ha aceptado desde la fecha de la apertura de la sucesión; y iii) que quienes optaron por no aceptar la herencia o el legado, jamás fueron llamados a una u otro (arts. 1.001 y 1.013 CC).

Además, en materia de sucesión a título universal, el *jus delationis* determina dos importantísimas consecuencias para su titular. Por una parte, al sucesor universal –aunque todavía no haya aceptado la herencia– pasa *ope legis* la posesión de los bienes del *de cujus*, sin necesidad de aprehensión material (art. 995 CC)[22] (*supra*, nos. 3, C, *in fine* y 6, E, i; *infra*, n° 82-A); y por otra, al sucesor se le considera curador de la herencia y, en tal carácter, está facultado para llevar a cabo todos los actos meramente conservatorios, de guarda y de administración temporal del patrimonio dejado por el causante, sin que ello, de por sí, implique aceptación de la sucesión (art. 1.003 CC) (*infra*, n° 83).

## 7-C. Adquisición de la Herencia o del Legado

La apertura de la sucesión se produce, según vimos, porque un patrimonio determinado queda sin titular (*supra*, n° 7-A); a su vez, tal situación determina un llamado efectivo a otra u otras personas, a fin de que –mediante el ejercicio afirmativo del *jus delationis*– pasen a convertirse en nuevos titulares del patrimonio en cuestión (*supra*, n° 7-B). La *adquisición*, que es el tercero de los momentos de la sucesión por causa de muerte, ocurre cuando el sucesor universal o el sucesor particular acepta el llamado que se le ha hecho y se transforma así en el nuevo titular y propietario del patrimonio del *de cujus* (si se trata de heredero) o de las relaciones jurídicas individuales por las que ha sido instituído (si se trata de legatario).

Más adelante tendremos oportunidad de estudiar con detenimiento tanto lo relativo a la adquisición de la herencia (*infra*, Capítulo XVII), como a la adquisición del legado (*infra*, n° 64-A). Por el momento, solo queremos adelantar al respecto, algunos conceptos básicos.

En nuestro sistema legal no es indispensable solemnidad alguna para la aceptación de la herencia por el heredero. Más aún, dicha aceptación puede ser tanto expresa como tácita. Hay aceptación expresa, cuando el llamado toma el título o la cualidad de heredero en un instrumento público o privado (primer ap. del art. 1.002 CC); y hay aceptación tácita, cuando el llamado ejecuta un acto que supone necesarianente su voluntad de suceder al causante, pues no podría realizarlo sino como heredero de éste (segundo ap. del art. 1.002 CC) (*v.gr.:* cualquier acto de disposición de bienes comprendidos en el patrimonio hereditario).

En el Derecho Romano algunos llamados a la herencia la adquirían *ipso jure*, es decir, sin necesidad de su consentimiento al respecto y aun contra su voluntad. Tal

22 *Pol.*: GF-III, n° 112, Vol. I, p. 559.-*Inst.*: JTR, Vol. XVI, pp. 386-387.

era el caso de los *heredes sui et necesarii* (personas sometidas a la *patria potestas* o a la *manus* del causante, que se hacían *sui juris* al fallecimiento de éste) y de los *heredes necesarii* (esclavos manumitidos por el testamento y al mismo tiempo instituidos herederos de su amo)[23].

Pero fuera de tales casos, la adquisición de la herencia implicaba un acto expreso (*aditio*) o tácito de voluntad.

La adquisición del legado, si bien tampoco requiere solemnidad alguna, siempre tiene que ser expresa, ya que su titular debe pedir al heredero la posesión de la cosa objeto de la respectiva sucesión particular (art. 928 CC).

Una vez aceptada la herencia, los efectos de su aceptación se retrotraen a la fecha de la apertura de la sucesión (art. 1.001 CC). Tales efectos, en esencia, consisten en la confusión de los patrimonios del heredero y del *de cujus*, salvo que dicha aceptación hubiere sido hecha bajo beneficio de inventario (arts. 1.023 y sigs. CC) (*supra*, nº 6, F).

De acuerdo con lo que ya hemos visto, pues, en materia de sucesión *universal* es posible que cronológicamente coincidan la apertura de la sucesión, la delación de la herencia y la adquisición de ésta; o que sólo coincidan en el tiempo dos de tales momentos; o bien que cada uno –de hecho– ocurra en fecha diferente que los otros. No obstante, de derecho y como consecuencia del efecto combinado de las previsiones de los arts. 993, 1.001 y 1.013 CC, los tres referidos momentos se consideran producidos simultáneamente: en el instante del fallecimiento del *de cujus*.

23 Al respecto, *cfr.*: Gayo (*Institutas*), II, 152-157; *Institutas*, II, XIX, 1 y 2.

# SUCESIÓN INTESTADA

# CAPÍTULO II

# SUCESIÓN LEGÍTIMA O INTESTADA



## 8. Sucesión Legítima y Sucesión Testamentaria

Conforme dijimos anteriormente (*supra,* nº 5) y establece el art. 807 CC, en nuestro sistema legal sólo existen dos títulos o fuentes de sucesión por causa de muerte, que son el testamento y la ley, que dan lugar, respectivamente, a la sucesión testamentaria y a la sucesión legítima (o intestada o *ab intestato*). Como también se indicó, el ap. de la norma citada señala que no hay lugar a sucesión legítima, intestada o *ab intestato*, sino cuando falta testamento del causante respecto de la totalidad o de parte del patrimonio hereditario: o sea, que el testamento como título de sucesión por causa de muerte, en principio priva o tiene prelación sobre la ley.

Falta totalmente testamento, cuando el *de cujus* no lo ha dejado; o cuando habiéndolo hecho, ese acto es totalmente ineficaz por un motivo u otro (*infra,* Capítulo XIV). Falta parcialmente testamento, cuando el causante testó, pero sin cubrir la totalidad de su patrimonio; o si habiendo él dispuesto íntegramente del patrimonio hereditario en el acto de última voluntad, éste resulta luego parcialmente ineficaz, por una u otra causa.

En consecuencia, cuando la persona que fallece ha dejado testamento eficaz que comprende la totalidad de su patrimonio, toda la sucesión *mortis causa* es testamentaria; por el contrario, si no existe testamento alguno, toda la sucesión es legítima o intestada; y por último, en caso de que falte parcialmente el testamento, la sucesión es en parte testada (en cuanto concierne a las previsiones contenidas en el acto de última voluntad del *de cujus*) y en parte intestada (en lo relativo a la porción del patrimonio hereditario no regulada o no dispuesta en dicho acto) (*supra*, nº 6, D).

Cuando el sucesor universal ha sido instituido por testamento, se le denomina heredero *testamentario*; y si lo es por mandato legal (a falta total o parcial de testamento), se le llama heredero *legítimo* o heredero *ab intestato*.

No obstante lo antes dicho, conviene de una vez aclarar que la citada regla de la prelación de la sucesión testamentaria respecto de la intestada –consagrada en el ap. del art. 807 CC– sufre una importantísima excepción en la institución de la *legítima* o *reserva*, que es una porción de la sucesión intestada que corresponde de pleno derecho a ciertos herederos legítimos (a quienes, por ello, se denomina herederos *legitimarios*) y de la cual, por consiguiente, no puede disponer el causante por testamento; y si no obstante lo hiciere, procede la reducción de tales disposiciones de última voluntad, en la medida que las mismas afecten la porción reservada a tales herederos *ab intestato* (arts. 883-894 CC). De manera que en esos casos excepcionales, la sucesión intestada priva sobre la testamentaria: más adelante estudiaremos detenidamente dicho tema (*infra*, Capítulos VIII y IX).

Cabe entonces preguntar por qué el testamento, como título o fuente de sucesión por causa de muerte, goza de prelación –en términos generales– respecto de la ley. La respuesta es clara: la materia de la designación o de la institución de sucesores por causa de muerte, no es –en principio– materia de orden público (con la sóla salvedad antes mencionada, de la institución de la legítima); por ello el legislador reconoce al respecto el principio de la autonomía de la voluntad, siempre que no afecte o lesione dicha porción legítima o reservada.

En todo caso, conviene tener presente que en nuestro medio, a pesar de la indicada prelación de que goza el testamento sobre la ley, como título o fuente de sucesión por causa de muerte, de hecho, lo común y corriente es la sucesión intestada y lo excepcional, es la testamentaria.

## 9. Prioridad en la aparición de los Títulos de la Sucesión

La doctrina ha discutido muchísimo –y sigue discutiendo– cuál de los aludidos títulos de la sucesión por causa de muerte, el testamento o la ley, apareció primero en la historia. En todo caso, cabe admitir la posibilidad de que la prelación en la aparición de dichas fuentes de sucesión, no necesariamente haya tenido que ser la misma en todos los pueblos.

Esa discusión, que es de mero interés teórico, deriva en esencia y por una parte, de la circunstancia de que en la Roma antigua la práctica de testar se pierde en la noche del tiempo, hasta el extremo de permitir pensar que fuera ésa la manera originalmente utilizada por los primitivos habitantes de la región, para designar heredero y que la sucesión legítima haya sido allá una creación jurídica posterior. Y de que, en cambio y de otro lado, el testamento sólo fuera conocido bastante tarde por los antiguos

germanos, lo cual pone en evidencia que, al menos entre éstos, la ley –o en su caso, la costumbre– fue la fuente original de las sucesiones por causa de muerte.

En Roma, lo normal y regular era que toda persona *sui juris* dejara *testamentum* al fallecer, mediante el cual instituía a su sucesor en el mantenimiento de los *sacra privata,* así como en la titularidad de la patria potestad y del patrimonio. Para el caso excepcional de que no hubiera testamento o de que el mismo fuese ineficaz, la Ley de las XII Tablas había establecido el siguiente régimen: la sucesión se defería en primer término, a los *heredes sui et necesarii* (personas sometidas a la *patria potestas* o a la *manus* del difunto, que se hacían *sui juris* al morir éste); de no existir tales herederos suyos y necesarios, la sucesión pasaba al agnado más próximo del *de cujus*; y finalmente, en defecto de agnados, correspondía a los *gentiles* (miembros de la *gens* del causante). Ese sistema fue evolucionando a partir del siglo I de nuestra era: primero por la intervención del pretor; luego por una serie de decisiones especiales y de senadoconsultos; y, finalmente, por las reformas sustanciales que establecieron constituciones dictadas durante el Bajo Imperio. Así se llegó en definitiva, a reconocer a los cognados como herederos *ab intestato* del causante y a privar a los agnados y a los gentiles del mismo, de todo derecho en su sucesión intestada[1].

Los antiguos germanos tenían organizado su sistema patrimonial en base a una especie de copropiedad familiar. No conocieron el testamento sino muy tardíamente, como ya hemos dicho; de manera que *ab initio,* las únicas fuentes de la sucesión por causa de muerte entre ellos, eran las de su Derecho Consuetudinario que, por lo demás, se basaban –precisamente– en la necesidad de mantener los bienes en la familia. La idea de tal necesidad se conservó entre los pueblos de origen germánico, a pesar del transcurso de los siglos e informó decisivamente el Derecho Feudal que rigió durante todo el período anterior a la Revolución Francesa, a pesar de que desde hacía tiempo se había hecho muy común el uso del testamento[2].

Las aludidas costumbres hacían una distinción tajante entre los bienes *muebles* y los *inmuebles,* para establecer que el objeto fundamental de la sucesión eran los últimos, pues los muebles estaban afectados al pago de las deudas del causante. Consagraban además una subdivisión entre los inmuebles, que clasificaban en *propios* y en *adquiridos.* Los propios eran los inmuebles que la persona había reci-

---

1 Al respecto, *cfr.*: *Institutas,* II, X; III, I a VI.- N.D. Fustel de Coulanges, *La Ciudad Antigua,* trad. E. de Gorbea, Emecé, Buenos Aires, 1945, pp. 427-431; E. Petit, *Tratado Elemental de Derecho Romano,* trad. J. Ferrández G., Albatros, Buenos Aires, 1954, nos. 532-535, pp. 665-669; P. de Francisci, *Síntesis Histórica del Derecho Romano,* trad. Rev. Derecho Privado, Rev. Derecho Privado, Madrid, 1954, pp. 164-168, 513-530 y 771-780; M.G. Lepointe, *Les Successions dans l'Ancien Droit,* Domat-Montchrestien, Paris, 1945, nos. 29-32, pp. 25-28.

2 Al respecto, *cfr.*: Lepointe, *op. cit.,* nos. 68-71, pp. 55-68.

bido de sus ascendientes por herencia, legado o donación, motivo por el cual, a la muerte de su titular, pasaban necesariamente a los miembros de la familia de donde provenían, según la regla *paterna paternis, materna maternis*: los habidos por el causante de sus ascendientes por rama paterna, pasaban a sus parientes de esa rama y los que había recibido de sus ascendientes por rama materna, correspondían a sus parientes por parte de madre. Los inmuebles adquiridos, eran los que ingresaban al patrimonio de su dueño por otras causas diferentes, sea a título oneroso o por acto gratuito y podían ser dispuestos libremente (pero si pasaban por donación, herencia o legado a los descendientes del adquirente, se convertían en inmuebles propios). Finalmente, los inmuebles propios podían ser *nobles* (feudos) o plebeyos (censuales) y la sucesión *mortis causa* de los primeros estaba regida por ciertas reglas especiales que privaban sobre cualquier acto de ultima voluntad de la persona que fallecía, a saber: el derecho de primogenitura o de mayorazgo, que funcionaba en relación con los descendientes del causante; y el privilegio de masculinidad o ley sálica, que regía tanto entre los descendientes, como entre los colaterales del *de cujus*[3].

Aunque el testamento como título de sucesión *mortis causa* tiene prelación en relación con la ley, nuestro CC reglamenta la sucesión intestada antes que la testamentaria[4], por eso en este estudio seguiremos el mismo orden.

## 10. Fundamento de la Sucesión Legítima

Cabe preguntar cuál es el criterio que siguió el legislador, como fundamento o base de la sucesión legítima o intestada, pues la correspondiente respuesta, ciertamente puede y debe contribuir a la correcta interpretación de la normativa de esa materia.

Al respecto se ha formulado variadas opiniones, como son: la idea de la comunidad doméstica; el concepto de la voluntad presunta del causante; y la tesis del orden natural de los afectos.

Un importante sector de la doctrina, estima que la atribución legal del patrimonio del causante a ciertos miembros de su familia, se explica en razón de la existencia de una especie de comunidad doméstica y en el reconocimiento de las expectativas de derecho que tales miembros tienen sobre el patrimonio hereditario[5]. Esa fundamen-

---

3 Al respecto, *cfr.*: Pothier, *Traité de Propres*, Pr. y Sect. I; Pothier, *Traité de Successions*, Chap. II, Sect. I (Art. II) y III (Art. III); Lepointe, *op. cit.*, nos. 145-166, pp. 109-127; De Page, *op. cit.*, T. IX, nº 4, pp. 11-13.

4 Es el mismo sistema seguido por los anteriores CC venezolanos, exceptuando únicamente los dos más antiguos (los de 1862 y 1867), que trataban primero sobre la sucesión testamentaria y luego sobre la intestada.

5 En ese sentido, entre otros, *cfr.*: R. De Ruggiero, *Instituciones de Derecho Civil*, trad. R. Serrano S. y J. Santa-Cruz T., Reus, Madrid, T. II, Vol. II, pp. 320-321.

tación, sin embargo, no es convincente: la idea de la comunidad doméstica puede ciertamente corresponder a las reglas del antiguo Derecho Germánico, pero nada tiene que ver con la organización de la familia moderna ni con el concepto actual de patrimonio; fuera de que no deja de ser extraña la existencia de una comunidad que sólo se pone de manifiesto cuando muere alguno de sus supuestos integrantes.

Igualmente se ha sostenido, que la sucesión intestada se basa en la idea de la voluntad presunta del causante; es decir, que corresponde a una especie de testamento tácito[6]. Conceptualmente se rechaza ese criterio, porque presupone la prioridad en la aparición del testamento respecto de la ley, como título de la sucesión por causa de muerte, lo cual ni siquiera está demostrado[7]; y además, porque de hecho, bien puede suceder que la reglamentación legal de la sucesión no corresponda a la verdadera intención del *de cujus* o que la razón por la que él no deja testamento sea su indecisión, su ignorancia, su imposibilidad de haberlo otorgado u otro motivo cualquiera. A la última observación, sin embargo, se suele contra argumentar que la regulación legal de la sucesión, desde luego, no corresponde ni puede corresponder, caso por caso, a la voluntad de toda persona que fallece sin dejar testamento, puesto que la ley no se basa ni puede basarse en circunstancias individuales; pero que sí cabe decir que dicha normativa evidentemente corresponde al caso general típico, es decir, a la manera normal de pensar y de sentir de la persona promedio.

Finalmente, también se da como fundamento de la sucesión legítima, el orden natural de los afectos en las personas, respecto de los miembros de su familia[8]. Esta opinión, a la cual adherimos, sostiene que las normas sobre sucesión intestada consagradas en el CC, han sido concebidas en sincronía con la manera como suelen estar organizados los afectos familiares en el común de las personas: entre las distintas clases de parientes consanguíneos, el cariño suele ser más intenso respecto de quienes figuran en línea recta descendente; el segundo lugar corresponde a quienes están en línea recta ascendente; y luego vienen los parientes en línea colateral. A su vez, dentro de cada línea, el afecto generalmente es mayor cuanto más próximo es el parentesco entre la persona de quien se trata y sus respectivos familiares. Y,

---

6 En ese sentido, entre otros, *cfr.*: E. Pacifici-Mazzoni, *Codice Civile Italiano Commentato*, 2a., 3a. y 4a. ed., Fratelli Cammelli, Firenze, 1895, T. V, nº 41, pp. 84-86.

7 Acabamos de indicar (*supra*, nº 9) que algunos pueblos –como los primitivos germanos– no conocieron originalmente el testamento. Por otra parte, incluso en Roma, donde a juicio de muchos autores [entre los cuales cabe mencionar a P. Bonfante, *Instituciones de Derecho Romano*, 2a. ed., trad. L. Bacci y A. Larrosa (de la 1ª ed. italiana de 1925), Reus, Madrid, 1959, nº 200, pp. 594-597], el testamento precedió a la ley como título de sucesión *mortis causa*, la doctrina más reciente contradice ese criterio (en este último sentido, entre otros, *cfr.*: de Francisci, *op. cit.*, pp. 165-168).

8 En ese sentido, entre otros, *cfr.*: V. Polacco, *De las Sucesiones*, 2a. ed., trad. S. Sentís M., EJEA, Buenos Aires, 1950, T. I, pp. 34-36.

finalmente, el amor conyugal se equipara al más intenso que dicha persona pueda tener respecto de sus parientes consanguíneos más queridos. Pues bien, en términos generales, a ese orden natural de afectos en la familia, corresponde la normativa de la sucesión legítima.

## 11. Categorías de personas llamadas a la Sucesión Legítima

Es necesario tener en cuenta, en primer lugar, que el llamado a la sucesión intestada se rige por las previsiones legales que estén en vigor en la *fecha de la apertura de la sucesión* (*supra*, n° 7-A).

Nuestro CC vigente (arts. 822-832) llama a la sucesión *ab intestato* a cuatro categorías de personas, a saber: A) parientes consanguíneos; B) cónyuge; C) hijos adoptivos (en adopción *antigua*); y D) el Estado.

En consecuencia, cabe observar de una vez, que los padres adoptantes en la adopción prevista y reglamentada en el CC original de 1942 (y en los CC anteriores a éste), así como los padres adoptantes en la adopción simple que reconocían la Ley de Adopción de 1983 y la Ley sobre Adopción de 1972 (a todas las cuales denominamos *adopción antigua*, en esta obra), carecen de vocación hereditaria *ab intestato* en la legislación venezolana actualmente en vigor. Tampoco son llamados por la ley a la herencia del causante, sus parientes afines. Y desde luego menos aun, las demás personas naturales relacionadas con el *de cujus* por vínculos que no sean de consanguinidad (incluyendo a los de adopción actual) o de matrimonio; ni las personas jurídicas, en general, distintas del Estado[8A].

---

8A No obstante lo expuesto, conviene señalar que la Comisión Permanente de Familia, Mujer y Juventud de la Asamblea Nacional, ha elaborado un Proyecto de Ley Orgánica de Protección a la Familia, la Maternidad y la Paternidad, que fue presentado a la misma en enero de 2003; y que de ser aprobado conforme a su texto original, implicaría algunas significativas modificaciones respecto del sistema hereditario *ab intestato* vigente en la actualidad.

Aunque no es nuestro propósito hacer aquí un análisis del contenido de dicho Proyecto de Ley -que por lo demás, está muy lejos de corresponder a su pretensión de amparar y salvaguardar los valores familiares venezolanos- es, desde el punto de vista de la técnica jurídica, absolutamente primitivo y sumamente impreciso y confuso; buena parte de su texto es una simple transcripción de preceptos que ya existen en el CC y otras leyes de la República; muchas de sus disposiciones corresponden más bien a conceptos de sociología política que a normas jurídicas; y con frecuencia hace referencia a leyes (como la antigua Ley de Registro Público) y a instituciones o establecimientos (como los Juzgados de Parroquia), que ya no están vigentes ni existen en el sistema legal patrio.

Pero lo que aquí sí interesa destacar, es que al hacer referencia a las parejas de hombre y mujer, como componentes fundamentales de la familia, las ordena en tres categorías, a saber: uniones matrimoniales, uniones estables de hecho y uniones concubinarias (art. 30). A su vez, califica como ***uniones estables de hecho***, lo que hasta ahora, en términos generales, se consideraba concubinato en nuestro sistema legal (art. 40) (y también en la generalidad de los sistemas extranjeros), pero

Por otra parte, los llamados de la ley a la sucesión del causante, no son simultáneos para todas las personas comprendidas dentro de las expresadas cuatro categorías, sino que al respecto funciona un régimen muy específico de concurrencias y de exclusiones, conforme veremos en detalle en el Capítulo siguiente.

## A. Parientes consanguíneos

Tienen vocación en la sucesión intestada del causante sus parientes consanguíneos, tanto descendientes, como ascendientes y colaterales (arts. 822, 825-828 y 830-831 CC).

A los fines de evitar confusiones, ha de tenerse en cuenta que el parentesco consanguíneo puede ser *natural* (que resulta del vínculo de sangre realmente existente entre determinadas personas: art. 37 CC); y también *civil* [que deriva de la adopción *actual*: arts. 425-427 LOPNA; a la cual se asimila la adopción *plena*, que establecían tanto la Ley de Adopción de 1983 (arts. 2, 45-50, 51-53 y 54-57), como también la Ley sobre Adopción de 1972 (arts. 2, 52-56, 57-60 y 68-77)[9] ]. No hay distinción legal alguna entre los efectos del parentesco consanguíneo natural y el civil.

Tampoco existen diferencias entre los efectos legales del parentesco consanguíneo matrimonial (legítimo) y del extramatrimonial (ilegítimo) (arts. 234 y 826-828 CC).

> Ha sido tradicional en la evolución histórica del Derecho de Sucesiones de todos los pueblos pertenecientes a la llamada civilización occidental, reconocer los derechos de los parientes consanguíneos del causante en la herencia intestada de éste. Más aun, puede decirse que dicha categoría de herederos *ab intestato* ha sido generalmente la más favorecida al respecto, en razón de que en esta materia ha

---

con el agregado de que para poder ser consideradas como tales, requieren que haya habido unión ininterrumpida de hecho no menor de cinco años (arts. 40 y 45); que se la haya legalizado ante determinada autoridad (art. 42 *ejusdem*); y que se la haya inscrito en el Registro (para poder surtir efectos frente a terceros) (art. 44). Y se refiere al *concubinato* como una unión de hecho entre un hombre y una mujer que no cumpla los extremos de exclusividad, estabilidad, singularidad y publicidad exigidos para la unión estable de hecho (art. 50).

La ahora llamada unión de hecho estable determinaría para los integrandes de la pareja, los mismos efectos patrimoniales que el matrimonio, a saber: comunidad de bienes (régimen patrimonial legal supletorio) y vocación hereditaria *ab intestato* (arts. 41 y 45). Lo que el Proyecto en cuestión denomina concubinato, únicamente produciría en materia patrimonial respecto de los concubinos, la presunción de que el patrimonio formado durante su existencia, pertenece a ambos de por mitad, si los dos han contribuido a su formación con el esfuerzo material o intelectual de ellos (art. 51): es decir, un efecto equivalente al que ya consagraba al respecto el art. 767 CC original de 1942, para las uniones de hecho estables.

Más adelante volveremos a referirnos con mayor detalle a los derechos hereditarios recíprocos que reconoce el aludido Proyecto a los integrantes de las uniones de hecho estable [infra, n° 11, B (*in fine*); n°. 20, en nota (8) ; n° 30–E, en nota (40); y n° 48, 3, en nota (41A)].

9 En cambio la adopción que reconocían tanto el CC original de 1942 (y también los precedentes CC venezolanos, a partir del de 1867), como igualmente la denominada adopción *simple* en la Ley sobre Adopción de 1972 y en la Ley de Adopción de 1983, no determinaba parentesco alguno entre el adoptante y el adoptado, sino un vínculo de familia de naturaleza peculiar y sui géneris.

prevalecido la tendencia de mantener el patrimonio de las personas dentro del grupo de sus respectivos familiares de sangre.

En materia de evolución histórica, lo que fundamentalmente cabe anotar en relación con los parientes consanguíneos del causante, es en primer lugar el notable progreso que han experimentado los derechos sucesorales de la parentela natural o extramatrimonial, en relación con los de los parientes legítimos o matrimoniales del *de cujus*.

Al efecto conviene recordar que en Roma, hasta finales de la era republicana, ni siquiera existía el concepto de hijo natural[10], motivo por el cual mal podía tener esa persona derecho alguno en la sucesión intestada de sus progenitores o de los parientes de éstos. Fue durante la época imperial cuando se admitió la existencia de un vínculo de cognación entre el hijo extramatrimonial y su madre, en virtud del cual se acordaba la *bonorum possessio* en favor de aquél, cuando la madre fallecía; o en favor de la madre, si moría el hijo; así como también en favor de los distintos hijos ilegítimos de una misma mujer, en caso de muerte de alguno de ellos[11]. El Derecho del Bajo Imperio fue aun más allá: reconoció la cognación entre los *liberi naturales* (nacidos del concubinato de sus padres) y el respectivo progenitor, razón por la que se les confirió derechos hereditarios recíprocos en sus sucesiones intestadas; en relación con la madre, se estableció la igualdad sucesoral entre sus *liberi justi* (nacidos de matrimonio) y sus *liberi naturales*; se mantuvo, además, respecto de los hijos espúreos o *vulgo concepti* (nacidos de uniones no matrimoniales ni tampoco concubinarias), la misma situación que existía en la etapa imperial precedente[12]. Pero, por otra parte, se restringió la libertad del padre para disponer por testamento en favor de sus *liberi naturales*, en perjuicio de los hijos matrimoniales o de otros cognados legítimos[13].

Durante el medioevo, la parentela ilegítima y, en particular el hijo extramatrimonial del causante, carecieron de derechos en la herencia intestada del mismo[14].

La Revolución Francesa, por el contrario, estableció por vez primera la igualdad de los derechos hereditarios de la descendencia legítima y de la extramatrimonial, en la sucesión intestada de cada uno de los progenitores (Ley de 12 brumario, año II). Aunque tal estado de cosas duró poco, pues si bien el Código Napoleón admitió la vocación *ab intestato* del hijo extramatrimonial, la consagró con una extensión mucho menor que la del hijo legítimo (art. 757 original).

---

10 *Novelas*, LXXXIX, pr.

11 *Digesto*, XXXVIII, VIII, 2.

12 *Código*, V, XXVII; *Novelas*, LXXXIX.

13 *Código*, V, XXVII, 2.

14 Al respecto, *cfr.*: Pothier, *op. cit. (Successions)*, Chap. I, Sect. II, Art. III, III.

Desde mediados del siglo XIX se inició una fuerte corriente de pensamiento tendente a la igualación de los derechos de los hijos extramatrimoniales respecto de los matrimoniales, que se ha mantenido hasta el presente en escala mundial y que, desde luego, ha influido de manera muy importante –aunque no siempre con idénticos resultados– en la revisión de la legislación sucesoral de los diversos países de América y de Europa.

Venezuela –con la sóla excepción del CC de 1867, que negó la vocación hereditaria a todos los consanguíneos ilegítimos del causante (arts. 686, 707-708 y 713-723)– ha seguido al respecto lo que podríamos calificar como una continuada tendencia liberal y progresista. Al respecto, podemos distinguir perfectamente cuatro etapas diferentes: la primera de ellas está integrada por los CC de 1862 (arts. 4-15 Ley I, Título V, Libro Tercero), 1873 (arts. 694-699), 1880 (arts. 700-705), 1896 (arts. 717-723) y 1904 (arts. 723-729); la segunda, corresponde a los CC de 1916 y 1922 (arts. 813-818); la tercera, es la del CC de 1942 (arts. 822-829); y la última, fue la resultante de la reforma parcial del CC de 1942, que se llevó a cabo en 1982 (arts. 822-831).

La primera de dichas etapas (CC de 1862, 1873, 1880, 1896 y 1904) se caracteriza, en lo relativo a las diferencias de vocación hereditaria entre consanguíneos legítimos y naturales, en que tanto en la línea recta descendente, como en la línea recta ascendente y en la línea colateral, los parientes matrimoniales del causante excluían siempre a los parientes extramatrimoniales del mismo (además de que los consanguíneos colaterales naturales de grado más remoto que los hermanos –o que los hijos de éstos llamados por derecho de representación– no tenían vocación hereditaria *ab intestato*).

En la segunda de las etapas en referencia (CC de 1916 y 1922), los consanguíneos extramatrimoniales del *de cujus*, resultaron mejorados de la siguiente manera: cuando se trataba de la sucesión de una *mujer*, concurrían en pie de igualdad sus hijos y demás descendientes, legítimos e ilegítimos; tampoco se hacía diferenciación alguna entre ascendientes matrimoniales y extramatrimoniales del *de cujus*; ni entre sus hermanos legítimos e ilegítimos por *línea materna* (o los hijos de ellos que concurrían por derecho de representación). Pero en todo lo demás, continuaron en vigor las mismas reglas de los CC correspondientes a la primera etapa.

En la tercera etapa (CC original de 1942), el hijo extramatrimonial –por primera vez en nuestra historia legislativa– fue llamado a la herencia *paterna* en concurrencia con los hijos legítimos del *de cujus* (si bien la cuota de aquél equivalía a la mitad de la de cada uno de éstos); se mantuvo, además, la igualación entre todos los hijos, matrimoniales y extramatrimoniales, en relación con la herencia dejada por la *madre* e igualmente, la que desde la etapa anterior existía entre todos los ascendientes del causante; finalmente, se llamó a los hermanos extramatrimoniales del causante, a concurrir con sus hermanos legítimos (aunque las cuotas de

unos y otros variaban, según que la persona fallecida hubiera sido, a su vez, hijo matrimonial o extramatrimonial). En lo concerniente a los demás colaterales de grado más lejano que los hermanos (y de los hijos de éstos llamados por derecho de representación), subsistió el principio de que únicamente tenían vocación los legítimos.

Finalmente, la cuarta y última etapa de la evolución a la cual nos referimos (CC de 1942 modificado en 1982), constituye la culminación del proceso y significa la eliminación de toda diferencia entre consanguíneos matrimoniales y extramatrimoniales, en lo tocante a sus derechos en la sucesión intestada.

Pero además -en segundo término- es necesario tener en cuenta que la legislación venezolana anterior a la Ley sobre Adopción de 1972, no reconocía parentesco alguno derivado de la adopción, sino un simple vínculo familiar de naturaleza sui géneris que surgía de la misma, entre el adoptante o los adoptantes y el adoptado, única y exclusivamente[15]. La expresada Ley sobre Adopción de 1972, por el contrario, estableció el parentesco consanguíneo de naturaleza civil que surgía de la adopción *plena*, entre el adoptante y el adoptado; entre el adoptado y los consanguíneos del adoptante; y entre el adoptante y sus otros consanguíneos y la descendencia futura del adoptado (arts. 57-58) (por el contrario, la adopción denominada *simple* en la referida Ley, no era fuente de parentesco entre sus partes, ni tampoco entre ellos y sus respectivos consanguíneos, sino que al respecto mantuvo el mismo régimen de la adopción que figuraba en el CC: arts. 62-67 de dicha Ley). Ese mismo sistema fue mantenido por la Ley de Adopción promulgada en 1983 (arts.54-62). Finalmente, la LOPNA eliminó la adopción *simple* que reconocían las dos leyes que acabamos de citar (art. 407).

No todos los parientes consanguíneos del *de cujus* se hacen titulares, al mismo tiempo, del *jus delationis* en la sucesión intestada de aquél, sino que la situación se rige y gobierna por dos principios básicos y fundamentales, que son el de la *calidad de la línea* y el de la *proximidad de grado.*

En efecto, por una parte, a los tres tipos de líneas de parentesco consanguíneo, corresponden distintas categorías en cuanto a la vocación *ab intestato* : en primer lugar está la línea recta descendente; en segundo, la línea recta ascendente; y por último viene la línea colateral. Ello, a su vez, significa que la ley llama a suceder, primeramente, a los parientes consanguíneos del causante en línea recta descendente; sólo cuando no hay pariente alguno de esa clase o cuando todos los pertenecientes a ella rechazan o repudian la herencia, la ley llama a los parientes consanguíneos del causante en línea recta ascendente; y únicamente si tampoco existe pariente alguno de dicha segunda

15 Art. 145 CC de 1867; art. 228 CC de 1873; art. 234 CC de 1880; art. 231 CC de 1896; art. 237 CC de 1904; art. 278 CC de 1916 y de 1922; art. 256 CC original de 1942.

clase o si todos los pertenecientes a ella han rechazado o repudiado la herencia, la ley llama a los parientes consanguíneos del causante en línea colateral. Conviene tener en cuenta que la indicada prelación por calidad de línea, funciona sin tomar en consideración el grado de parentesco que exista entre el causante y sus parientes en las diferentes líneas: esto quiere decir que el descendiente es llamado primero que el ascendiente o que el pariente colateral del causante, aunque el parentesco de aquél con el *de cujus* sea de grado más remoto que el del ascendiente o el del colateral; y el mismo derecho de prioridad se aplica al ascendiente, respecto del colateral del causante, independientemente de la proximidad del grado de parentesco[16].

Por otra parte, dentro de la categoría de los parientes consanguíneos del causante, pertenecientes a una misma línea, tampoco son llamados todos a la vez a la sucesión intestada de aquél, sino que al efecto el *jus delationis* corresponde siempre al pariente o a los parientes cuyo grado de parentesco sea más próximo al *de cujus*. Unicamente cuando no existe pariente alguno del grado más próximo o cuando todos ellos ejercen negativamente su derecho, el llamado pasa a los parientes que se encuentran en el siguiente grado de proximidad de parentesco respecto del causante; y así sucesivamente (lo antes dicho, no obstante, sufre una excepción sumamente importante, que es la sucesión por derecho de representación, cuando ésta funciona: *infra*, n° 17 y sigs.). Si hay varios consanguíneos en el mismo grado de parentesco respecto del causante (que –por supuesto– están en una misma línea), todos ellos son llamados a la herencia por partes iguales (salvo que algunos sean llamados por derecho de representación y otros, por derecho propio).

En nuestro sistema, la vocación hereditaria de los parientes del causante en línea recta, tanto descendente como ascendente, es ilimitada, en el sentido de que funciona sea cual fuere el grado de parentesco que exista entre el *de cujus* y su sucesor y aunque tal parentesco sea remotísimo. Por el contrario, en la línea colateral, la vocación hereditaria *ab intestato* sólo llega al sexto grado inclusive (art. 830 CC)[17].

> Los CC venezolanos anteriores al de 1942, contenían una previsión según la cual, en lo tocante a la vocación intestada de los parientes consanguíneos del causante, no se tomaba en cuenta la prerrogativa de la línea ni el origen de los bienes[18].

---

16 Mientras estuvo vigente la legislación que establecía diferenciaciones entre parientes consanguíneos matrimoniales o extramatrimoniales, existían importantes excepciones al funcionamiento del principio de la calidad de la línea, que se explicaban como basadas en la necesidad de proteger a la familia legítima.

17 Es ésa otra modificación aportada por la reforma parcial del CC de 1942, efectuada en 1982 (que, al respecto, reestableció la regla prevista en el art.13, Ley I, Título V, Libro Tercero CC de 1862). Por el contrario, los CC de 1942 (art. 829), 1922 y 1916 (art. 818), 1904 (art. 728) y 1896 (art. 722), extendían la vocación intestada en línea colateral, hasta el octavo grado; los CC de 1880 (art. 704) y 1873 (art. 698), sólo la hacían llegar hasta el cuarto grado; y el CC de 1867 (art. 717), la limitaba al segundo grado.

18 Art. 799 CC de 1922 y 1916; art. 709 CC de 1904; art. 703 CC de 1896; art. 686 CC de 1880; art. 680 CC de 1873; art. 688 CC de 1867; arts. 2-3 Ley I, Título V, Libro Tercero CC de 1862.

Dicha regla, que carecía de toda base y sentido en nuestro régimen legal, había sido copiada del Código Napoleón original (art. 732), donde figuraba como una derogación expresa de las costumbres de origen feudal, de acuerdo con las cuales determinados bienes del patrimonio hereditario se atribuían a los consanguíneos del causante, no en base a las antes señaladas reglas de la calidad de la línea y de la proximidad de grado, sino en razón del origen de los bienes o del derecho de primogenitura o del privilegio de masculinidad (*supra*, nº 9, *in fine*).

## B. Cónyuge

De conformidad con las normas del CC venezolano (arts. 823-825), el cónyuge sobreviviente del causante tiene siempre vocación a la herencia intestada de éste. Tal vocación, por lo demás, es tradicional en nuestra legislación[19].

La evolución de los derechos sucesorales del cónyuge supérstite, "se resume en la historia de los derechos [hereditarios] de la viuda, la cual, generalmente, se encuentra en una situación de desigualdad en relación al hombre, para sostener con éxito la lucha por su subsistencia frente al medio físico y social"[20].

En el Derecho Romano original, la mujer casada *in manu* con un *sui juris*, era *sua heres* del marido y concurría a su herencia intestada *loco filiae*, es decir, con los mismos derechos de una hija que se encontrara bajo la patria potestad del causante[21]; en cambio, cuando el matrimonio era *sine manu*, la mujer no era llamada a la herencia intestada del esposo (lo cual se compensaba por la circunstancia de que ella era sucesora *ab intestato* de la persona bajo cuya potestad se encontraba, de sus agnados y de los miembros de su *gens*; aunque generalmente, cuando la mujer contraía matrimonio, su padre u otro familiar le entregaba su dote y procedía luego a desheredarla, para no romper la igualdad entre ella y sus hermanos que no recibían dote alguna). El Derecho Pretoriano modificó ese estado de cosas al otorgar al cónyuge sobreviviente –ya fuera la mujer o el marido– la *bonorum possessio unde vir et uxor*, siempre que el *de cujus* no tuviera cognados.

Ese sistema fue mantenido en el Derecho Justinianeo[22] y además mejorado, toda vez que el mismo estableció en favor de la viuda pobre y carente de dote, el derecho de concurrir a la herencia del marido, conjuntamente con otros herederos

---

19 Arts. 9-12 Ley I, Título V, Libro Tercero CC de 1862; arts. 695-699 CC de 1873; arts. 701-705 CC de 1880; arts. 718-723 CC de 1896; arts. 724-729 CC de 1904; arts. 814-816 CC de 1916 y 1922; arts. 824-827 CC original de 1942. La única excepción al respecto, es el CC de 1867 (arts. 709-712), que solamente llamaba al cónyuge a la sucesión intestada del otro esposo, en defecto de los descendientes y ascendientes del *de cujus*.

20 G. Parra Aranguren, *Los Derechos Sucesorales del Cónyuge Supérstite*, Revista de la Facultad de Derecho, UCV, Caracas, 1956, Nº 9, p. 41.

21 Gayo *(Institutas)*, III, 3.

22 *Digesto*, XXXVIII, XI.

de éste: en tales casos, si el causante no dejaba hijos o si ellos no eran más de tres, correspondía a la viuda una cuarta parte de la herencia en plena propiedad; y si el *de cujus* había dejado más de tres hijos, la viuda tomaba una cuota igual a la de uno de éstos, pero sólo a título de usufructo[23].

El Derecho Germánico primitivo no reconocía derecho alguno a la esposa en la sucesión del marido; sin embargo, como correctivo de esa situación previó un sistema de donaciones con ocasión del matrimonio, destinado a constituir un patrimonio a la mujer, que pudiera servirle en su viudez[24]: tal régimen, por su parte, influyó en la aparición de las donaciones nupciales del Bajo Imperio romano[25], pero posteriormente, el Derecho Germánico-Feudal, ciertamente penetrado por las reglas del Derecho Romano del Bajo Imperio, consagró en favor de la viuda una serie de derechos en la sucesión del marido, de entre los cuales el principal, sin duda alguna, fue el denominado *douarie* o *dower*, cuyo contenido difería en detalles de región en región, pero que en esencia consistía en un derecho de usufructo vitalicio sobre la mitad o sobre un tercio del patrimonio que dejaba el marido fallecido[26].

El Código Napoleón original (art. 767) otorgó derechos hereditarios al esposo sobreviviente, pero únicamente a falta de parientes legítimos e ilegítimos del causante (por estimar que aquél quedaba suficientemente amparado, con los bienes que le correspondían como consecuencia de la disolución de la comunidad conyugal, si tal había sido el régimen patrimonial matrimonial).

Leyes y Códigos promulgados a partir del último decenio del siglo XIX, han venido mejorando progresivamente la condición sucesoral *ab intestato* del cónyuge supérstite, sea la esposa o el marido. Sin embargo, no todas las legislaciones le reconocen derechos de propiedad sobre una determinada cuota del patrimonio hereditario: algunas sólo le acuerdan un derecho vitalicio de usufructo respecto de cierta porción del mismo[27].

---

23 *Novelas*, CXVII, V.

24 Al respecto, *cfr.*: De Page, *op.cit.*, T. X-1, nº 19, A, pp. 62-65; F. López Herrera, *Anotaciones sobre Derecho de Familia*, UCAB, Caracas, 1970, nº 72,I,C, pp. 398-399.

25 Al respecto, *cfr.*: López Herrera, *op. cit. (Derecho de Familia)*, nº 72, p. 398.

26 Al respecto, *cfr.*: Lepointe, *op. cit.*, nos. 116-118, pp. 90-91; De Page, *op. cit.*, T. X-1, nº 19, A, pp. 62-65; E.L. Johnson, *Family Law*, 2nd. ed., Sweet & Maxwell, London, 1965, nº 2, pp. 4-5; F. López Herrera, *¿Puede surtir Efectos en Venezuela el llamado Matrimonio de «Common Law» del Derecho Norteamericano?*, publicado en Estudios de Derecho de Familia, 2a. ed., UCAB, Caracas, 2001, pp. 20-22.

27 Así el CC francés (arts. 765-767), antes de la reforma parcial que sufrió a fines de 2001, establecía que el cónyuge únicamente era llamado a la sucesión de su esposo o esposa, cuando el *de cujus* no dejaba descendientes, ascendientes ni hermanos o sobrinos; en los restantes casos el cónyuge sobreviviente no heredaba, sino que le correspondía un derecho de usufructo sobre determinada parte alícuota del patrimonio hereditario, que variaba según que los herederos fueran descendientes del causante u otros parientes consanguíneos suyos y que, eventualmente, podía ser sustituido

Desde luego, es condición esencial de la vocación *ab intestato* del cónyuge sobreviviente, que para la fecha de la apertura de la sucesión exista matrimonio válido de él con el causante.

En consecuencia, no es cónyuge supérstite del causante, el ex- esposo o la ex-esposa del mismo, cuando el vínculo matrimonial respectivo ha quedado disuelto por divorcio.

Otro tanto cabe decir si el matrimonio del causante es declarado nulo o anulado, antes o después de la apertura de la sucesión, ya que en tales casos debe considerarse que el vínculo conyugal jamás existió. Salvo que dicho matrimonio valga como putativo para la persona que lo contrajo con el causante y siempre y cuando –en esta última hipótesis– la sentencia de nulidad quede firme con posterioridad a la muerte del *de cujus*, ya que de existir tales supuestos –por lo que respecta al esposo sobreviviente– la unión existía y era legalmente válida cuando se abrió la sucesión del causante, de acuerdo con las previsiones del art. 127 CC[28].

El art. 823 CC establece una excepción a la vocación hereditaria *ab intestato* del esposo sobreviviente: si para la fecha de la apertura de la sucesión, los cónyuges están separados de cuerpos *y* de bienes, el supérstite no es llamado a la sucesión del difunto. Conviene insistir en que al respecto no basta que los esposos se encuentren para entonces separados de cuerpos, sino que además es indispensable que haya igualmente separación de bienes. Desde luego, si la separación ha terminado por reconciliación, antes de la fecha de la muerte del causante, el otro cónyuge recupera su vocación hereditaria[29].

---

Dispone la segunda parte del art. 77 de la CN de 1999: "Las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer que cumplan los requisitos establecidos en la ley producirán los mismos efectos que el matrimonio". Se trata de una norma

---

por una renta vitalicia. Un sistema algo similar aunque con diferencias substanciales, funciona en Bélgica (art. 745*bis* CC); y estaba igualmente previsto en el CC italiano de 1865 (arts. 753-757). En el CC de Brasil (art. 1.611), los descendientes y los ascendientes excluyen al esposo sobreviviente de la herencia del cónyuge fallecido. El CC español (arts. 834-839), nunca llama como heredero al cónyuge supérstite a la sucesión del otro esposo, pues sólo se le reconoce un derecho de usufructo sobre cierta cuota del patrimonio hereditario, variable según los casos. Por el contrario, los CC vigentes en Alemania (arts. 1.931-1.934), Argentina (arts. 3.570-3.572), Italia (arts. 581-583) y Suiza (art. 462), reconocen que al cónyuge del causante corresponde siempre una cuota hereditaria, en propiedad.

28 Al respecto, *cfr.*: Parra Aranguren, *op. cit.*, pp. 47-48; López Herrera, *op. cit. (Derecho de Familia)*, nº 67-A, 5, pp. 360-362.

29 En esta materia también ha habido modificaciones derivadas de la reforma del CC de 1942, efectuada en 1982. Según el referido CC original (art. 831), el cónyuge supérstite perdía su vocación hereditaria en dos hipótesis: a) si había sido declarado culpable en sentencia ejecutoriada de separación de cuerpos (en procedimiento contencioso), *aunque tal decisión no incluyera declaratoria de separación de bienes*; y b) si los cónyuges se habían separado *de cuerpos y de bienes* por mutuo consentimiento.

sin antecedentes en nuestra anterior legislación y no conocemos documento oficial alguno que aclare la intención del constituyente sobre el particular.

Ahora bien ¿qué significa exactamente la misma? ¿Cómo debemos interpretarla y aplicarla? ¿Quiere decir, en lo tocante a la sucesión intestada de los concubinos, que ellos tienen al respecto idénticos derechos que los cónyuges entre sí?

La regla en comentario no establece simplemente que las uniones de hecho entre un hombre y una mujer producen los mismos efectos que el matrimonio. Ella señala de manera expresa y categórica que, para que así suceda, es necesario primeramente, que se trate de una unión estable; y en segundo término, que cumpla los requisitos que al efecto haya establecido la ley. En otras palabras, es indispensable que la unión de hecho reúna las correspondientes condiciones legales para poder ser calificada como *estable.*

Pero es el caso que en la legislación actualmente en vigor en Venezuela, no existen normas que determinen o establezcan tales requisitos o condiciones, lo cual nos obliga a concluir que el antes transcrito texto constitucional es, simplemente, de naturaleza *programática.* Y como lo tiene establecido nuestro más alto Tribunal, "esas disposiciones reconocen derechos y enuncian propósitos cuya realización y efectiva vigencia está *subordinada a la promulgación de leyes futuras.* Se llaman *programáticas* porque representan un programa que requiere ulterior desarrollo y deben orientar la acción legislativa del futuro[30].

De manera pues, que podemos concluir que en el estado actual de nuestro sistema legal, las uniones de hecho no producen los mismo efectos que el matrimonio; y que, en consecuencia, los concubinos siguen todavía sin tener entre sí vocación hereditaria *ab intestato.*

Sin embargo, conforme hemos señalado con anterioridad [*supra*, nota (8A) del presente Capítulo II], ha sido presentado a la Asamblea Nacional un Proyecto de Ley Orgánica de Protección a la Familia, la Maternidad y la Paternidad (PLPF), que reconoce recíproca vocación hereditaria *ab intestato*, equivalente a la del cónyuge sobreviviente, tanto al hombre como a la mujer que integran una *unión estable de hecho*, debidamente legalizada ante el correspondiente funcionario público e inscrita en el Registro respectivo (art. 45).

El PLPF considera como unión estable de hecho entre un hombre y una mujer, la que tenga más de cinco años de constituida, con hogar común conocido pública y notoriamente en su medio social, siempre que ambos sean solteros, divorciados o viudos (art. 40); y también la que reúne los aludidos requisitos de estabilidad, singularidad y notoriedad, pero alguno o ambos convivientes está casado con tercera persona,

---

30 Antigua Corte Suprema de Justicia, en Pleno, sentencia de 27 de mayo de 1969; *cfr.*: GF-II, N° 64, p. 22.

siempre y cuando se cumplan en tal caso las siguientes condiciones adicionales: i) que el conviviente casado haya permanecido separado de hecho de su cónyuge durante más de cinco años; y ii) que se haya extinguido por caducidad la acción penal relativa delito de adulterio (un año desde la fecha cuando el cónyuge ofendido tuvo conocimiento del mismo: primer ap. del art. 399 CP) (art. 41 PLPF).

Por otra parte, recordamos que en el PLPF se denomina *concubinato,* a las uniones de hecho entre un hombre y una mujer que no cumple los extremos de exclusividad, estabilidad, singularidad y publicidad, exigidos para las uniones estables de hecho (art. 50); y no reconoce a sus integrantes vocación hereditaria *ab intestato.*

Por consiguiente, en el supuesto de que la Asamblea Nacional sancione como ley el PLPF, en los mismos términos que acabamos de señalar, los integrantes de lo que en el mismo se denomina *uniones de hecho estables*, que hayan sido debidamente legalizadas y registradas, tendrán recíproca vocación hereditaria intestada, exactamente igual a la que el matrimonio determina para los cónyuges. En cambio, los concubinos –según se califica ese término en el art. 50 PLPF– no gozarán de derechos similares.

## C. Hijos adoptivos en adopción antigua

Recordemos que nuestra legislación vigente confiere al adoptado condición idéntica a la de hijo de sangre del adoptante (art. 425 LOPNA); que ella crea parentesco entre dicho adoptado y los miembros de la familia del adoptante, así como también entre el adoptante (y los miembros de su familia) y la descendencia futura del adoptado (art. 426 LOPNA); y que la misma extingue el parentesco del adoptado con su familia de origen (excepto cuando el adoptado es hijo del cónyuge del adoptante: art. 427 LOPNA). Y que, en consecuencia, en materia de sucesión *ab intestato*, la adopción actual coloca al adoptado (y a su descendencia futura) y al adoptante (y a los miembros de su familia de sangre), en la categoría de parientes consanguíneos.

De manera que cuando ahora hacemos referencia a la categoría sucesoral de hijos adoptivos, *aludimos única y exclusivamente a las personas que fueron partes de adopciones formalizadas con arreglo a las previsiones de los CC que han existido en el país –antes de la entrada en vigencia de la Ley sobre Adopción de 1972– e igualmente a las que fueron partes en adopciones simples decretadas bajo el imperio de dicha Ley sobre Adopción de 1972 o de la Ley de Adopción de 1983 (que fue derogada por la LOPNA)*: a todas esas adopciones las englobamos bajo el calificativo de *antiguas*[31].

Si bien ya no pueden llevarse a cabo adopciones *antiguas*, las que se formalizaron en el pasado de conformidad con la normativa de los CC que han regido en el país, así como también las adopciones *simples* decretadas durante la vigencia de las dos leyes

31 Reiteramos igualmente que el instituto de la adopción *simple*, que reconocían tanto la Ley sobre Adopción de 1972 (arts. 2, 46, 52-56 y 62-77), como la Ley de Adopción de 1983 (arts. 2, 40, 45-53, 58-62, y 72-79), fue abolida por la LOPNA (art. 407).

mencionadas en el párrafo precedente –y que subsistan en la actualidad– conservan su validez, en virtud del principio de la irretroactividad de las normas legales (art. 24 CN de 1999 –equivalente al art. 44 CN de 1961– y art. 3° CC).

El aludido instituto de la adopción simple, fue una creación del Código Napoleón que, por consiguiente, no conoció el Derecho precedente. Dicho CC otorgó al adoptado (y a sus descendientes), derechos equivalentes a los del hijo legítimo (y sus descendientes) en la herencia intestada del adoptante (pero como la adopción no creaba vínculo alguno entre el adoptado y los consanguíneos del adoptante, aquél carecía de derechos en las sucesiones *ab intestato* de éstos); por otra parte, el adoptante no tenía vocación hereditaria propiamente dicha en la sucesión intestada del adoptado, pero tanto dicho adoptante como sus descendientes podían recuperar los bienes que el adoptado hubiera recibido del adoptante por donación, herencia o legado, si fallecía sin descendencia.

Tal sistema fue seguido, en un principio, por los CC que tomaron como modelo al Código Napoleón.

Si bien en Venezuela la adopción (simple) apareció ya en el CC de 1867 (arts. 137-145), la misma no implicaba originalmente vocación hereditaria *ab intestato* entre adoptado y adoptante. Tal vocación sólo surge en el CC de 1896 (art. 721) cuando se llama al adoptado a la sucesión intestada del adoptante, si éste no deja descendencia de sangre (aunque sólo por una cuota equivalente a la del menos favorecido de los restantes sucesores del causante y sin que la misma pudiera exceder en caso alguno de una quinta parte de la herencia). No se reconoció vocación al adoptado en relación con los miembros de la familia del adoptante; ni tampoco a favor del adoptante, respecto del adoptado o de los familiares de éste. Ese régimen se mantuvo en vigor hasta el CC original de 1942, inclusive[32].

La vocación hereditaria intestada del adoptado (en adopción simple), respecto del adoptante, fue mejorada sustancialmente por la Ley Sobre Adopción de 1972 (art. 66); ella además consagró, por primera vez en el país, la vocación del adoptante (en adopción simple) en relación con la sucesión del adoptado, cuando éste fallecía sin descendencia y sin padres de sangre (art. 67). Finalmente, la reforma del CC de 1942, llevada a cabo en 1982 (art. 829), equiparó los derechos sucesorales del hijo adoptivo en la herencia intestada del adoptante, con los que corresponden a cualquier hijo de sangre del último nombrado; lo cual fue ratificado por la Ley Sobre Adopción de 1983 (art. 61). Esta, por lo demás, mantuvo la vocación intestada del adoptante en la herencia del adoptado, tal como aparecía en la Ley de 1972 (art. 62). ; pero tal vocación desapareció con la promulgación de la LOPNA, toda vez que ésta derogó sin más, dicha Ley de Adopción.

32 Arts. 721-722 CC de 1896; arts. 727-728 CC de 1904; arts. 817-818 CC de 1916 y 1922; arts. 828-829 CC de 1942.

La vocación intestada de los *hijos adoptados en adopción antigua*, en la sucesión de su padre o de su madre adoptante, está regida por las previsiones del art. 829 CC, que dice así: "Los hijos adoptivos en adopción simple [situación a la cual equivale igualmente la adopción acordada con arreglo a las previsiones de los CC venezolanos anteriores a la promulgación de la Ley sobre Adopción de 1972 y a la Ley de Adopción de 1983][33] tienen, en la herencia del adoptante o adoptantes, los mismos derechos que los otros hijos". En cambio, no tienen derecho alguno en la sucesión *ab intestato* de los miembros de la familia del adoptante, puesto que la adopción antigua no determinaba vinculación familiar alguna entre aquéllos y éstos; lo cual se compensa por la circunstancia de que dicho adoptado conserva su vocación hereditaria intestada respecto de todos los miembros de su familia de origen (art. 59 de la Ley de Adopción de 1983; art. 62 de la Ley sobre Adopción de 1973; art. 256 CC original de 1942). Por otra parte, la descendencia del adoptado en adopción antigua, tampoco tiene derechos en las sucesiones *ab intestato* del adoptante o de otros miembros de la familia del mismo, ya que tampoco existe nexo familiar entre tales personas.

Y en cuanto concierne al adoptante en adopción antigua, ya hemos dicho que la legislación venezolana vigente no le reconoce vocación hereditaria en la sucesión intestada de su hijo adoptivo ni en las de los descendientes de éste.

## D. El Estado

En defecto de herederos testamentarios y también de parientes consanguíneos, de cónyuge y de hijos adoptivos –ya sea porque ninguna de esas personas exista o porque todas las existentes hayan rechazado el llamado sucesoral que se les hace– el activo patrimonial dejado por el *de cujus* pasa a la propiedad de la Nación, previo pago del pasivo de ese patrimonio (art. 832 CC)[34].

> El origen del derecho del Estado sobre las herencias carentes de titular, se remonta a la *Lex Julia de maritandibus ordinibus*, dictada en la época de Augusto. Originalmente, cuando ocurría esa situación, el patrimonio hereditario pasaba al *aerarium* (tesoro público); posteriormente ingresaba al *fiscus* (tesoro del príncipe)[35]. No obstante, debe recordarse que en defecto de heredero testamentario e intestado propiamente dichos, había una serie de casos en los que la herencia se defería a ciertas entidades u organizaciones a las que había pertenecido el causante –de ser así– antes de pasar al fisco: a la correspondiente corporación, si se trataba de un

---

33 La frase que aparece entre corchetes es nuestra y no del propio texto del artículo que se transcribe.

34 Dicha regla igualmente figuraba en todos los CC precedentes: art. 832 CC de 1942 (original); art. 821 CC de 1922 y 1916; art. 732 CC de 1904; art. 726 CC de 1896; art. 708 CC de 1880; art. 702 CC de 1873; art. 17, Ley I, Título V, Libro Tercero CC de 1862. En cambio, el CC de 1867 (art. 717) establecía que en tales casos la herencia del causante se defería a los pobres.

35 *Digesto*, XXX, 96, 1; *Código*, X, X, 4.

naviero u obrero; a la legión, cohorte o curia, en el caso de un soldado, cohorte o decurial, respectivamente; a la correspondiente iglesia o monasterio, cuando el muerto había sido obispo o monje; etc.[36].

Durante la Edad Media, el señor o el rey, según el caso, se hacía titular de los bienes que dejaba el vasallo que moría sin dejar heredero, si se encontraban en el territorio de uno u otro de aquellos[37].

El Código Napoleón acogió esas ideas para declarar al Estado sucesor irregular del causante, en defecto de herederos de éste (arts. 723 y 768 de dicho CC original) y esa regla, a su vez, fue seguida por las legislaciones de otros países, entre ellos el nuestro.

Existen empero sistemas contemporáneos que han adoptado al respecto otras soluciones. Así por ejemplo, en Austria (art. 726 CC), a falta de herederos testamentarios y *ab intestato*, se considera a los legatarios como herederos, en proporción al valor de sus respectivas instituciones, en relación con el patrimonio hereditario total. El CC español, por su parte, establece un sistema sui géneris sobre el particular, al consagrar que en tales casos el patrimonio hereditario vacante pasa en propiedad al Estado, sólo en el equivalente a una tercera parte del mismo; ya que los otros dos tercios los recibe el Estado únicamente a título de fiducia, pues debe luego asignar uno de ellos a instituciones municipales de beneficencia, de instrucción, de acción social o profesionales, del domicilio del causante y el otro, a instituciones provinciales de igual naturaleza, de la provincia de donde era oriundo el difunto (art.956).

La doctrina discute aun, en ciertos países, si el Estado es o no un verdadero heredero cuando adquiere un patrimonio vacante, por falta de sucesor universal testamentario e intestado de la persona que fallece. Tal discusión, sin embargo, es totalmente obsoleta en lo tocante a la legislación venezolana: el Estado, si bien es un sucesor universal –aunque a título singular– de quien fallece sin dejar heredero, no asume por ello la condición ni el carácter de heredero intestado del *de cujus*, puesto que sólo pueden serlo personas naturales que, además, estén unidas al mismo por vínculo de familia; por otra parte, anteriormente se indicó que el fundamento de ese tipo de sucesión *mortis causa* es el orden natural de los afectos (*supra*, nos. 10 y 11) y ciertamente, resulta muy cuesta arriba concebir que alguien pueda sentir afecto alguno por el Estado. La misma EMPCC de 1942 decía al respecto que «en el artículo 828 [de ese Proyecto, cuyo texto era idéntico al del art. 832 CC vigente] se excluye toda idea que tienda a considerar a la Nación como un verdadero heredero cuando falten los herederos llamados a suceder»[38].

---

36 *Código*, VI, LXII, 1-5; *Novelas*, CXXXI, XIII.

37 Al respecto, *cfr.*: Pothier, *op. cit.* (*Successions*), Chap. VI.

38 Comisión Codificadora Nacional, *Exposición de Motivos y Proyecto de Código Civil* (de 1942), Imp. Nacional, Caracas, 1941, p. 70.- En el mismo sentido, *Cas.*: M. 1929, p. 418.

El Estado adquiere la herencia vacante, pues, en ejercicio del dominio eminente que tiene sobre los bienes sin propietario, que se encuentran en su territorio (num. 2 del art. 19 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional).

De ello resulta que el Estado jamás es titular del *jus delationis* correspondiente a las sucesiones que carecen de heredero y, por ende, no tiene nunca la opción de aceptar o de repudiar dichas herencias: el patrimonio hereditario vacante pasa de derecho al Estado, una vez concluida la tramitación del respectivo procedimiento legal[39]. Tampoco puede el Estado aceptar a beneficio de inventario el patrimonio que debe pasar a su propiedad con arreglo a la previsión del referido art. 832 CC: primeramente porque no siendo heredero, mal podría aceptar esa herencia; y, por otra parte, en razón de que no tiene ni puede tener interés alguno al respecto, como a continuación se explica (de ahí que la regla del art. 1.000 CC, sólo es aplicable al Estado, cuando éste ha sido instituido como heredero testamentario por el causante: *infra*, nº 97, *in fine*).

Cuando el Estado sucede a alguien en base a la previsión del art. 832 CC, no se obliga *ultra vires* por el pasivo que exista en el patrimonio vacante, sino simplemente a satisfacer las obligaciones que haya dejado el *de cujus* pendientes de cumplimiento, utilizando al efecto el activo existente en ese patrimonio, hasta que quede agotado.

En el Capítulo XXI estudiaremos el procedimiento judicial a seguirse, cuando la herencia debe pasar al Estado por falta de herederos del causante.

## 12. Prueba de la Cualidad de Heredero Intestado

La cualidad de heredero *ab intestato* se demuestra comprobando el respectivo vínculo de familia (parentesco consanguíneo, matrimonio o adopción antigua), existente entre el causante y el sediciente sucesor. Tal prueba sólo puede efectuarse con los medios establecidos por la ley al respecto[40].

La prueba del *parentesco consanguíneo* del heredero con el causante, se lleva a cabo con la demostración de los respectivos vínculos de filiación que determina la relación de sangre entre uno y otro. Al efecto rigen las previsiones de los arts. 197-199, 201, 213, 458 y 505 CC, si se trata de filiación matrimonial; de los arts. 209-211, 213,

---

39 *Cas.*: M. 1930, p. 145.

40 Así lo ha reiterado la jurisprudencia, cada vez que señala que la cualidad de heredero no se comprueba ni puede comprobarse con la respectiva planilla sucesoral (*Inst.*: JTR, Vol. III, p. 163; JTR, Vol. IX, pp. 428-429; R&G, Vol. LII, pp. 261-266); ni tampoco mediante justificaciones para perpetua memoria (*Inst.*: JTR, Vol. I, p. 157).

217-218, 224, 234, 458 y 505 CC, si es el caso de filiación extramatrimonial[41]; y de los arts. 432 y 434 LOPNA, para la adopción actual[42].

El *matrimonio* del causante y su cónyuge, se pone en evidencia con los medios señalados al efecto por los arts. 113-116 CC[43].

Y el vínculo de adopción antigua entre el *de cujus* y el heredero, se comprueba de la manera prevista en el art. 40 de la Ley de Adopción de 1983; en el art. 46 de la Ley sobre Adopción de 1972; y en el últ. ap. del art. 472 y en el art. 506 CC original de 1942; según fuere el caso[44].

---

41 Al respecto, *cfr.*: López Herrera, *op. cit.* (*Derecho de Familia*), nos. 110 a 114, pp. 667-701 (prueba de la filiación matrimonial), nos. 122 a 123, pp. 734-759 y n° 124, pp. 764-768 (prueba de la filiación extramatrimonial). Debe sin embargo observarse, que dicha obra se refiere a la normativa del CC original de 1942 y es anterior a la LRPCC de 1982, razón por la cual no está adaptada a las previsiones de esta última.

42 Al respecto, *cfr.*: F. López Herrera, *El Régimen legal de la adopción en Venezuela*, Sucre, Caracas, 1974, nos. 39 (pp. 186-187) y 39-C, pp. 192-195 (también se observa que la citada obra se refiere a la normativa de la Ley sobre Adopción de 1972 y no está adaptada a las previsiones de la LOPNA vigente); H. Barrios, *La Adopción en el Derecho Interno y en el Derecho Internacional Privado Venezolano* UCV, Caracas, 1998, pp. 38-41 (esta obra tampoco está adaptada a la normativa de la LOPNA, que es posterior a la publicación de aquélla).

43 Al respecto, *cfr.*: López Herrera, *op. cit.* (*Derecho de Familia*), n° 51, pp. 274-287 y (*Matrimonio de "Common Law"*), pp. 49-54 (este último trabajo sí está adaptado a la normativa del CC venezolano vigente).

44 Al respecto, *cfr.*: López Herrera, *op. cit.* (*Adopción*), nos. 39 y 39-A, pp. 186-189).

# CAPÍTULO III
# CAPACIDAD PARA SUCEDER DE MANERA INTESTADA- FORMAS DE SUCEDER DE MANERA INTESTADA

13. Capacidad para Suceder de Manera Intestada.- 14. Incapacidad Absoluta: Falta de Existencia.- 15. Incapacidad Relativa: Indignidad.- 15-A. Causas de la Indignidad.- 15-B. Efectos de la Indignidad.- 15-C. Remisión de la Indignidad.- 16. Formas de Suceder de Manera Intestada.- 17. Sucesión por Derecho de Representación.- 17-A. Causas de la Sucesión por Derecho de Representación.- 17-B. Casos cuando funciona la Sucesión por Derecho de Representación.- 17-C. Efectos de la Sucesión por Derecho de Representación.- 17-D.Sucesión por Representación y Transmisión de Herencia (o Legado).- 17-E. Representación en la Sucesión Testamentaria.

## 13. Capacidad para Suceder de Manera Intestada

La capacidad requerida para suceder *ab intestato* es de naturaleza sui géneris, en el sentido de que nada tiene que ver con la que se necesita para ser titular de derechos o sujeto de actos jurídicos en general.

Sin embargo, el art. 808 CC consagra también en esta materia el principio de Derecho común, según el cual la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción. De ello resultan dos consecuencias básicas: primera, que quien sostiene la incapacidad de determinada persona para suceder, tiene sobre sí la carga de la prueba y –en cambio– quien sostiene la capacidad, nada tiene que demostrar; y segunda, que las normas legales sobre incapacidad para suceder son de carácter taxativo y –por ende– no pueden ser extendidas a casos similares, por vía de interpretación analógica.

Las incapacidades para suceder *ab intestato*, por otra parte, son comunes a todo tipo de sucesión intestada, es decir, tanto a la sucesión por derecho propio como a la sucesión por derecho de representación (*infra*, nº 16 y sigs.); pero no se aplican al Estado cuando éste sucede al causante, puesto que –a más de que el Estado nunca

concurre a la sucesión intestada con el carácter de heredero del de *cujus* (*supra*, n° 11, D)– las aludidas incapacidades carecerían de todo sentido en ese caso.

Debe tenerse presente que la capacidad o la incapacidad para suceder *ab intestato,* se determina siempre en relación con la situación que exista en el momento de la apertura de la sucesión del *de cujus* (*supra*, n° 7-A).

Finalmente, conviene señalar de una vez, que las incapacidades para suceder de manera intestada también funcionan, en principio, en materia de sucesión testamentaria (art. 840 CC). Más adelante insistiremos en ese punto (infra, n° 30-A).

La incapacidad para suceder *ab intestato* puede ser absoluta o relativa. Hay incapacidad *absoluta*, cuando la persona afectada por ella no puede suceder *mortis causa* a nadie; su causa es la falta de existencia. En cambio, la incapacidad *relativa* sólo impide a quien la sufre, suceder a otra persona específicamente determinada y no le afecta para suceder a otras; su causa es la indignidad.

## 14. Incapacidad Absoluta: Falta de Existencia

La falta de existencia para suceder por causa de muerte, se plantea en cuatro casos, a saber: el no concebido para la fecha de apertura de la sucesión; el concebido para ese momento, pero que después no nace vivo; la persona que ha premuerto al *de cujus*; y el declarado ausente.

En épocas anteriores había además otras circunstancias que determinaban la incapacidad para suceder por falta de existencia: la condicion de extranjero y la de muerto civil por condena penal o por profesión religiosa.

### A. No concebido

Como ya hemos dicho anteriormente, el no concebido no es persona (arts. 16-17 CC) y, por consiguiente, no puede ser titular de derechos o de obligaciones (*supra*, n° 7-B). De ahí que el art. 809 CC declare incapaz para suceder, a quien no esté concebido para la fecha de la muerte del causante.

Tal explicación, sin embargo –a pesar de su incuestionable lógica– no parece ser suficiente, puesto que en materia de sucesión testamentaria se admite en ciertos casos a suceder, al no concebido para el momento de la apertura de la sucesión del *de cujus* (ap. del art. 840 CC) (*infra*, n° 30-A, A, a). Según Sanojo, la referida incapacidad se justifica "porque entre el difunto y el que a su muerte no existe todavía, no ha habido parentesco, que es la base de la sucesión [legítima]"[1]. En todo caso, se suele señalar que para ello, además, existe una serie de razones de tipo histórico.

---

1 L. Sanojo, *Instituciones de Derecho Civil Venezolano*, Imp. Nacional, Caracas,1873, T. II, n° 225, pp. 193-194.

En el Derecho Romano se consideraba como *postumus* a quien no había nacido para la fecha de la muerte del *de cujus*, independientemente de que estuviera o no concebido para entonces. Los *postumi* eran personas inciertas y por ello, originalmente, se los consideraba incapaces para suceder por testamento; tales reglas, no obstante, se fueron suavizando con el tiempo, de manera gradual, hasta que finalmente se permitió que pudieran ser instituídos como herederos testamentarios[2]. Habiendo sido ésa la situación concerniente a la sucesión testada, resulta perfectamente razonable colegir que por lo que respecta a la sucesión intestada, los *postumi* fueron siempre considerados incapaces, en Roma.

Tal conclusión parece confirmarla la circunstancia de que el Derecho Feudal tampoco discutiera o dudara, en un principio, de la incapacidad del no concebido, para suceder *ab intestato*[3]. Esto no fue óbice, empero, para que la jurisprudencia francesa de los siglos XVI y XVII se pronunciara en una serie de oportunidades por la capacidad sucesoral del no concebido, habiéndose incluso llegado a admitir a la sucesión intestada de su abuelo, a un nieto nacido 32 años después de la muerte de aquél[4]. Esa situación confusa y evidentemente contraria al interés general, movió a los legisladores de Napoleón a consagrar de manera expresa la incapacidad del no concebido (ord. 1° del art. 725 CC francés). Y de allí ha pasado a los demás CC que se inspiraron en él.

La segunda parte del mismo art. 809 CC establece que "a los efectos sucesorios la época de la concepción se determinará por las presunciones legales establecidas en los artículos 201 y siguientes para determinar la filiación paterna"[5].

---

2 Al respecto, *cfr.*: Gayo (*Institutas*), II, 241; Ulpiano (*Reglas*), XXII, 18-19; *Institutas*, III, IX, pr.

3 Al respecto, *cfr.*: Pothier, *op. cit.* (*Successions*), Chap. I, Sect. II (Art. I).

4 Al respecto, *cfr.*: G. Ripert & J. Boulanger, *Traité Élémentaire de Droit Civil de Planiol*, 4me. éd., Lib. Gén. de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1951, T. III, n° 1524, p. 497.

5 A los efectos de poder interpretar cabalmente la norma transcrita, se debe tener presente que la referida remisión que ella hace a los arts. 201 y sigs., relativos a la determinación de la filiación paterna, es bastante infeliz (lo cual pone una vez más en evidencia el poco cuidado con que se redactó la LRPCC). En efecto, la misma trató de limitarse a copiar, *mutatis mutandi*, la previsión del últ. ap. del art. 809 CC original de 1942, que decía: "A los efectos sucesorios, la época de la concepción se determinará por las presunciones legales establecidas en los artículos 197 y siguientes, para determinar la filiación legítima". Ahora bien, aunque la generalidad de las nòrmas del CC original de 1942, contenidas en sus arts. 197 y sigs. concernientes a la determinación de la "filiación legítima", efectivamente corresponden a los arts. 201 y sigs. del CC modificado por la LRPCC, que figuran ahora bajo el subtítulo "De la determinación y prueba de la filiación paterna" , lo cierto es que la presunción legal sobre el período legal de la concepción del hijo (que anteriormente aparecía en el art. 199 CC original de 1942), ahora figura en el art. 213 CC de 1942 modificado por la LRPCC, que no corresponde al Capítulo sobre la determinación de la filiación paterna, sino a la Sección concerniente a las "Presunciones relativas a la filiación", que es parte del Capítulo contentivo de disposiciones comunes a la determinación y prueba tanto de la maternidad como de la paternidad. De manera pues que, en definitiva, lo correcto habría sido que el art. 809 CC vigente se hubiera limitado a remitir al art. 201 y sigs., sin indicar el contenido de los mismos (o señalar que ellos se refieren a la determinación de la filiación paterna y a las presunciones relativas a la filiación).

De los arts. 201 a 203 CC vigente, resultan las presunciones de que los lapsos mínimo y máximo de la gestación del ser humano, para que éste nazca vivo y viable, son 180 y 300 días respectivamente. De allí deriva, a su vez, la disposición del art. 213 *ejusdem*, que establece: "Se presume, salvo prueba en contrario, que la concepción tuvo lugar en los primeros ciento veintiún (121) días de los trescientos (300) que preceden el día del nacimiento". Y al aplicar esas presunciones para verificar la existencia o la inexistencia de la incapacidad sucesoral consagrada en el art. 809 CC, se concluye que debe tenerse como concebido para la fecha de la apertura de la sucesión, no sólo a toda persona que ya haya nacido para entonces, sino además a todos quienes nazcan hasta el tricentésimo (300°) día inclusive, contado desde la fecha de la muerte del causante.

La presunción concerniente al período legal de la concepción, tal como lo expresa el aludido art. 213 CC, es *juris tantum*; de manera que admite prueba en contrario (*v.gr.*: a los efectos de demostrar que aunque la persona en cuestión nació dentro de los 300 días siguientes a la muerte del causante, es sin embargo incapaz para suceder a éste, toda vez que no estaba concebida para la fecha de la apertura de su sucesión, pues se trató de un parto prematuro).

> La citada regla contenida en la parte final del art. 809 CC, apareció por vez primera en nuestra legislación, en el CC original de 1942; sin embargo, en éste, la presunción relativa al período legal de la concepción era *juris et de jure*, lo cual fue modificado por la LRPCC.
>
> Constituye una extraordinaria ventaja –respecto de otras legislaciones extranjeras– la circunstancia de que nuestra ley acepte explícitamente que la prueba de la incapacidad para suceder por no concepción, resulte fundamentalmente de las mismas presunciones legales concernientes al período legal de la concepción de los hijos, ya que de esa manera se evita la interminable discusión que aún mantienen la doctrina y la jurisprudencia de muchos países, respecto de si tales presunciones funcionan o no en materia de sucesiones por causa de muerte.

## B. Nacido muerto

El ord. 2° del art. 809 CC original de 1942, reconocía un segundo caso de incapacidad absoluta para suceder por falta de existencia, que correspondía a la situación del concebido para la fecha de apertura de la sucesión, pero que luego no nace vivo[6]. Esa disposición, empero, desapareció con la reforma del CC promulgada en 1982. ¿Significa ello que ahora basta estar concebido para el momento de la apertura de la

---

6 Tal norma, por lo demás, era tradicional en la legislación venezolana: ord. 2° del art. 801 CC de 1922 y de 1916; ord.2° del art. 701 CC 1904; ord. 2° del art.705 CC 1896; ord. 2° del art. 688 CC 1880; ord. 2° del art. 682 CC 1873; ord. 2° del art. 561, al cual remite el art. 689 CC 1867; art. 12, Título I, Libro Tercero, referido al art. 1 Título II, Libro Primero CC 1862.

sucesión, a los fines de tener capacidad al respecto, aunque después dicho concebido no nazca vivo? Es obvio que la respuesta debe ser negativa.

En efecto, el simplemente concebido, para el día del fallecimiento del *de cujus*, es considerado capaz para suceder *mortis causa* en razón de que el art. 17 CC dispone que "el feto se tendrá por nacido cuando se trate de su bien"; y siendo así que heredar es un bien –al menos en términos generales– resulta obligado concluir que el concebido no puede ser privado de la posibilidad de acudir a la sucesión a la cual es llamado. Empero, dicho art. 17 CC tiene una segunda parte, que dice: "para que [el feto] sea reputado como persona, basta que haya nacido vivo"; en otras palabras, la personalidad que la ley reconoce al feto, cuando se trata de su bien, está sometida a la condición suspensiva de que nazca vivo y de no suceder eso, desaparece retroactivamente. Por otra parte, sólo las personas (naturales o jurídicas) pueden ser titulares de derechos y de obligaciones y por ende, cuando el simplemente concebido pierde la personalidad que la ley le reconocía de manera condicional, desaparece también automática y retroactivamente su capacidad de ser titular de derechos y de obligaciones.

En consecuencia, quien no nace vivo no puede suceder por causa de muerte, razón por la que debe reputarse como que jamás ha existido y, por consiguiente, que nunca tuvo personalidad[7].

---

7 En todo caso, debe observarse además que, de acuerdo con los elementos de comprobación disponibles, no parece que la eliminación del texto de dicha incapacidad, tal como figuraba en el ord. 2° del art. 809 CC original de 1942, haya sido intencional, sino más bien producto de la forma desordenada y poco técnica como se desarrolló todo el proceso de modificación del CC 1942, que culminó con la LRPCC promulgada en 1982. Ello lo decimos por las razones que se expresan a continuación.

El art. 65 del Proyecto de LRPCC, decía textualmente: "Artículo 65.- El artículo 809 del Código Civil queda modificado así: 'Artículo 809.- Son incapaces de suceder: 1. Los que en el momento de la apertura de la sucesión no estén todavía concebidos. 2. *Los que no hayan nacido vivos.* A los efectos sucesorios la época de la concepcion se determinará por las presunciones legales establecidas en los artículos 201 y siguientes para la determinación de la filiación paterna" (DMEPPMD, *op. cit.*, p. 222).

En el Informe de la Sub-Comisión de Política Interior de la Cámara de Diputados sobre el Proyecto de LRPCC, para Efectos de la Segunda Discusión, aparece –a su vez– el siguiente comentario: "Artículo 74.- La modificación del artículo 809 del Código Civil vigente *fue aprobada en su forma original* en la primera discusión de la Cámara de Diputados. La Sub-Comision *no tiene observaciones particulares al respecto.* El texto de este artículo es el siguiente: Artículo 74.- Se modifica el Artículo 809 del Código Civil de la siguiente forma: 'Artículo 809.- Son incapaces para suceder los que en el momento de la apertura de la sucesión no estén todavía concebidos. A los efectos sucesorios la época de la concepción se determinará por las presunciones legales establecidas en los artículos 201 y siguientes para la determinación de la filiación paterna'" (DMEPPMD, *Ley de Reforma Parcial del Código Civil,* Ministerio de Educación, Caracas, 1984, p. 396). Es decir, la expresada Sub-Comisión, luego de señalar: que el texto del art. 809 CC que figuraba en el Proyecto original de LRPCC había sido aprobado sin modificaciones en primera discusión y que debía ser aprobado de igual manera en segunda discusión, procedió a transcribir su texto omitiendo el número 2 que figuraba en dicho Proyecto.

Por último, el Informe de la Comisión de la Cámara del Senado sobre el Proyecto de LRPCC, "elaborado sobre la base del texto aprobado por la Cámara de Diputados en su segunda discusión" (DMEPPMD, *op. cit.*, pp. 498-499), no cayó en cuenta de la omisión en que había incurrido la

Para que surja la incapacidad sucesoral a que nos estamos refiriendo, es necesario que el feto haya nacido muerto, es decir que no haya vivido ni siquiera un instante fuera del seno materno. De manera que en nuestro sistema legal se considera que el feto es persona –y por lo tanto, capaz de suceder– si nace vivo, aunque no sea viable y muera poco después[8]. La prueba de que el feto nació muerto, puede hacerse utilizando al efecto todos los medios autorizados en general por la ley[9].

## C. PREMUERTO

Quien ha fallecido con anterioridad al *de cujus*, no puede suceder a éste, pues ya no tiene personalidad y, en consecuencia, no puede ser titular de derechos o de obligaciones. Así lo consagra de manera expresa el art. 953 CC, por lo que respecta a la sucesión testamentaria, pero es obvio que tal regla se aplica también a la sucesión intestada, conforme puede perfectamente deducirse del texto de una serie de disposiciones legales, particularmente las del art. 994 CC, sobre comoriencia, al cual tuvimos oportunidad de referirnos anteriormente (*supra*, n° 7-B)[10].

Cabe en todo caso repetir que no hay incapacidad para suceder por causa de premoriencia, cuando el llamado ha sobrevivido al causante siquiera por una fracción de segundo. Ello a su vez implica que la comoriencia equivale a la premoriencia, a los efectos de la incapacidad para suceder (art. 994 CC); y lo mismo debe decirse respecto de la situación que deriva de la presunción de muerte, a que se refieren los arts. 434 y 438 CC (*supra*, n° 7-B).

La premoriencia puede demostrarse con todos los medios autorizados en general por la ley; sin embargo, la forma normal y más sencilla de hacerlo, es mediante la

---

Sub-Comisión de dicha Cámara Baja al redactar el texto del art. 809 CC y lo copió textualmente, tal como aparece en el párrafo precedente.

8 Muchas legislaciones extranjeras exigen, para reconocer capacidad sucesoral al feto, no sólo que éste nazca vivo, sino que, además, sea viable, lo cual puede dar lugar a complicaciones probatorias (aunque algunas de ellas consagran determinadas presunciones de viabilidad, para obviar ese problema). Tal es el caso, por ejemplos, de España (ord. 1° del art. 745 CC), de Francia (ord. 2° del art. 725 CC) y era el del CC italiano de 1865 (ord. 2° del art. 724). En cambio, el CC italiano vigente, ha eliminado el requisito de la viabilidad (art. 462).

En Venezuela también exigían la viabilidad los CC de 1867 (ord. 2° del art. 561); de 1873 (ord. 2° del art. 682); de 1880 (ord. 2° del art. 688); de 1896 (ord. 2° del art. 705); y de 1904 (ord. 2° del art. 701).

9 Conviene tener presente que, a dichos efectos, las actas o partidas de nacimiento o de defunción respectivas, no tienen valor probatorio alguno, puesto que en las mismas no pueden aparecer señalamientos relativos a las circunstancias de que el niño haya nacido vivo o muerto (segundo y tercer aps. del art. 466 CC); por lo que cualquier mención sobre tales particulares que no obstante figure en dichas actas, debe calificarse como extraña al acto y carente de mérito probatorio(últ. ap. del art. 457 CC).

10 La doctrina patria es unánime en el mismo sentido. Al respecto, cfr.: Sanojo, op. cit., T. II, n° 225, p. 194; A. Dominici, *Comentarios al Código Civil Venezolano*, Bolívar, Caracas, 1897, T. II, p. 23; C. Farrera, Sucesiones, Sur-América, Caracas, 1935, n° 16, p. 17; F. Ramírez, *Anotaciones de Derecho Civil*, ULA, Mérida, 1953, T. I, p. 351 y T. II, p. 198.

respectiva acta o partida de defunción de la persona de quien se trate (adminiculada con la prueba de la fecha de la muerte del causante). Pero si fuere el caso de muerte presunta, su comprobación tiene necesariamente que llevarse a cabo con la copia certificada del decreto judicial correspondiente, aludido en los arts. 434 y 438 CC.

### D. Ausente

Dispone el art. 441 CC, que nadie puede reclamar derecho alguno, en nombre de una persona cuya existencia se ignore, si no prueba que tal persona existía cuando nació el derecho en cuestión.

Ahora bien, resulta imposible –por hipótesis– demostrar que el declarado ausente vivía para la fecha de la apertura de la sucesión de un tercero, cuando dicha apertura tiene lugar con posterioridad a la declaración de ausencia: de esto resulta evidente, que el ausente es absolutamente incapaz para suceder por causa de muerte.

Ello igualmente explica que, en tal caso –de acuerdo con las previsiones del art. 442 CC– tampoco sean llamados los herederos del ausente, a la sucesión de dicho *de cujus*; sino que la misma corresponde entonces a quienes hubieran concurrido a ella con el ausente o a quienes tuvieran derecho a tal sucesión en defecto del ausente, según fuere el caso (*supra*, nº 7-B).

## 15. Incapacidad Relativa: Indignidad

La indignidad como causa de incapacidad para suceder por causa de muerte, deriva de ciertos actos u omisiones graves del sucesor respecto del causante, que inducen al legislador a presumir que el *de cujus* no desea que tal sucesión tenga lugar. Se trata, en consecuencia, de una especie de desheredación legal.

> Como sabemos, en Roma –al menos hasta que comenzó la época del Bajo Imperio– lo normal y corriente era que las sucesiones por causa de muerte fuesen testadas (*supra*, nº 9). Por su parte, la Ley de las XII Tablas reconocía al testador libertad absoluta para disponer como a bien tuviera: *uti legassit... ita ius esto*[11]; dentro de esa situación, por consiguiente, no tenía sentido alguno consagrar la indignidad como causa de incapacidad para suceder, precisamente porque si el causante se consideraba ofendido por la conducta de alguien, le bastaba no designar a esa persona en su testamento. No obstante, en la era republicana surgieron ciertas trabas a la libertad plena de desheredación: primeramente se impuso al causante la obligación de nombrar en el testamento a todos los *heredes sui*, ya fuera para instituirlos o para desheredarlos; no se llegó aun a limitar el derecho de desheredar y el testador podía hacerlo aunque no mediara justo motivo; tampoco tenía que expresar sus razones para ello. Pero ya a fines de la República, quedó establecido que debía considerararse que el testador no había obrado en su sano juicio, si

11 *Digesto*, L., XVI, 120.

> desheredaba injustificadamente a sus familiares más próximos (descendientes, ascendientes y hasta hermanos), motivo por el cual tales parientes podían entonces atacar el testamento mediante la *querella inofficiosi testamenti.* Finalmente, el Derecho Justinianeo fijó taxativamente las causas legítimas de desheredación de dichos familiares[12].
>
> El Derecho Medieval recogió del Derecho del Bajo Imperio los motivos justificantes de la desheredación admitidos por éste y agregó otros más. Se habló entonces de que tales causales permitían la desheredación del familiar que incurría en ellas, cuando los hechos respectivos habían sido conocidos por el causante; y se transformaban en causas de "indignidad" para suceder, cuando el *de cujus* fallecía sin haber llegado a conocerlos[13].
>
> Finalmente, el Código Napoleón redujo a sólo tres las causas de la indignidad para suceder *mortis causa* y las consagró en su art. 727, que sirvió de inspiración a la legislación de los países que lo imitaron (tales causas eran: condena por atentado contra la vida del *de cujus*; acusación capital contra el causante, que luego resulta calumniosa; y no haber denunciado a las autoridades competentes el asesinato del *de cujus* cometido por un tercero).

Un sector importante de la doctrina, estima que –en estricto rigor técnico– la indignidad, más que una incapacidad, constituye un impedimento para suceder o una causa de exclusión a la sucesión de la cual se trate. En todo caso, tales disquisiciones –a nuestro modo de ver– carecen de trascendencia práctica.

Lo que sí tiene importancia, es el carácter relativo de esta incapacidad: el afectado por ella no tiene una traba legal general para concurrir a toda sucesión *mortis causa* (como es el caso de la incapacidad absoluta por falta de existencia, *supra*, n° 14), sino que está única y exclusivamente impedido de concurrir a la sucesión de la persona específica y concreta, respecto de la cual es indigno.

De la circunstancia de que la indignidad se base en la simple presunción de la voluntad de un particular, se explica que no constituya una materia de orden público y que se permita al causante desvirtuarla, mediante el perdón, la condonación o la rehabilitación del sucesor indigno (*infra*, n° 15-C).

## 15-A. Causas de la Indignidad

Las causas de la indignidad son taxativamente tres y están señaladas en el art. 810 CC: el delito intencional; el adulterio con el cónyuge del causante; y la negativa injustificada a cumplir el deber alimentario. La razón de ser de cada una de ellas es obvia, como resulta de lo que exponemos a continuación.

---

12 *Novelas*, CXV, III y IV.

13 Pothier, *op. cit.* (*Successions*), Chap. I, Sect. II, (Art. IV, II).

## A. Delito intencional

Dice el ord. 1° de dicho art. 810 CC, que es indigno quien "voluntariamente haya perpetrado o intentado perpetrar un delito, así como sus cómplices, que merezca cuando menos pena de prisión que exceda de seis meses, en la persona de cuya sucesión se trata, en la de su cónyuge, descendiente, ascendiente o hermano".

De acuerdo con el texto de la norma transcrita, para que la comisión de un delito o el intento de cometerlo, constituya causa de indignidad para suceder *mortis causa*, es indispensable un concurso de condiciones, relacionadas con el tipo de la transgresión, con la víctima de la misma y con la pena legal aplicable al autor o a su cómplice.

El art. 61 CP, establece: "Nadie puede ser castigado como reo de delito no habiendo tenido la intención de realizar el hecho que lo constituye, excepto cuando la ley se lo atribuye como consecuencia de su acción u omisión". Ahora bien, una de las tantas clasificaciones de los delitos penales, es la que –en base a la copiada regla– los subdivide en dolosos (o intencionales), preterintencionales (o ultraintencionales) y culposos. El delito es doloso, cuando su resultado se ajusta a la intención del autor (*v.gr.*: maté deseando hacerlo); es preterintencional, cuando su resultado excede a la intención del autor (*v.gr.*: maté cuando simplemente deseaba herir); y es culposo, cuando no deriva de la intención del autor, sino de su negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia de reglamentos, órdenes o disciplinas (*v.gr.*: maté sin haber deseado causar daño, cuando conducía un vehículo a exceso de velocidad). La causa de indignidad a que nos referimos, pues, deriva únicamente del delito intencional (o voluntario, como impropiamente señala la norma antes copiada); en consecuencia, puede resultar de un delito doloso o de un delito preterintencional, mas no de un delito simplemente culposo, toda vez que en él falta la intención delictiva.

No es indispensable que el delito en cuestión sea consumado: basta que haya habido tentativa de delito; y, a nuestro modo de ver, tampoco cabe duda de que la indignidad surge aunque se trate de delito frustrado (art. 80 CP). Dicha sanción civil, por lo demás, afecta no sólo al autor y al coautor (motores o ejecutores) del delito, sino también a su cómplice (art. 84 CP).

La indignidad a que nos referirmos, sólo deriva de delitos contra personas. Desde luego, cuando aquí hablamos de ese tipo de delitos, no nos referimos exclusivamente a los así calificados en el Título IX, Libro Segundo del CP (arts. 405-450): homicidio; lesiones personales; aborto provocado; abandono de niños o incapaces; abuso en la corrección y sevicia en las familias; y difamación e injuria. La referencia que hace el ord. 1° del art. 810 CC a delitos contra personas, debe entenderse como tendente exclusivamente a diferenciarlos de los delitos contra la propiedad, contra los bienes o contra el patrimonio, pues es incuestionable que también determina la incapacidad sucesoral una serie de delitos que aparecen en otros Títulos del CP, diferentes del antes citado, tales como: reducción a esclavitud (art. 173 CP); calumnia (art. 240

CP); violación, prostitución o corrupción, incesto y ultraje al pudor (arts. 374, 378, 380, 381, 387 y 389 CP); rapto (arts. 383-384 CP); bigamia (art. 400 CP); suposición y supresión de estado (art. 403 CP).

Debe además señalarse que no se trata tampoco de delitos perpetrados o intentados contra cualquier persona, puesto que de la comisión o tentativa de un delito de tipo personal, no siempre sería legítimo presumir que el *de cujus* no desea ser sucedido *mortis causa* por el autor, coautor o cómplice de la transgresión. Para que determine indignidad, el delito en cuestión tiene que haber sido dirigido contra el mismo *de cujus* o contra alguno de sus familiares más cercanos, a saber: su cónyuge, sus descendientes, sus ascendientes o sus hermanos.

La indignidad por causa de delito requiere, finalmente, que éste sea de cierta gravedad; de ahí que la incapacidad sucesoral sólo se produce cuando la pena aplicable al delito cometido, excede cuando menos, de seis meses de prisión[14]. Dada la redacción del ord. 1° del art. 810 CC, entendemos que, al efecto, no se debe tomar en cuenta las circunstancias agravantes o atenuantes que puedan existir en el caso específico, ni tampoco las reglas sobre aplicación de las penas, contenidas en el art. 37 CP, sino que única y exclusivamente se ha de atender a la pena mínima prevista *in abstracto* por el CP, para el delito cometido: en consecuencia, si dicha pena mínima no es mayor de seis meses, esa sóla circunstancia basta para que su comisión o su tentativa no puedan determinar indignidad para suceder; y a la inversa, si la pena mínima excede de seis meses, tal circunstancia basta para que deba considerarse el delito o la tentativa en cuestión, como determinante de indignidad.

La doctrina está de acuerdo, por imponerlo así la lógica, en que la indignidad a que nos venimos refiriendo no se produce, cuando el atentado contra el causante o contra sus familiares cercanos antes nombrados, es consecuencia de un acto de legítima defensa, producto de una necesidad, resultado de obediencia legítima o de cumplimiento de un deber, dentro de los límites de justificación que al efecto señala el art. 65 CP[15].

Para que exista la indignidad derivada del delito, no es indispensable que haya sido dictada condena penal al respecto; los hechos en cuestión pueden, a tales efectos, ser conocidos y apreciados por el juez civil, si ello fuere necesario. Claro es que si existe condena penal y se suscita juicio civil en relación con la indignidad, basta la presentación de copia certificada de la decisión criminal, para que deba tenerse por plenamente probada la causa de indignidad.

---

14 Conviene recordar que, según el art. 9 CP, las penas corporales en nuestro país, son, en orden de gravedad: presidio, prisión, arresto, relegación a colonia penal, confinamiento y expulsión del territorio de la República.

15 Al respecto, *cfr.*: Sanojo, *op. cit.*, T. II, n° 226, p. 195; Dominici, *op. cit.*, T. II, p. 29; Farrera, *op. cit.*, n° 21, p. 21.

Por último, debe tenerse en cuenta que la causal de indignidad por crimen no desaparece, aunque la acción penal o la pena respectiva se extinga por cualquiera de las causas previstas al efecto en los arts. 103-108 y 112 CP (muerte del reo, amnistía, indulto, cumplimiento de la condena, perdón del ofendido y prescripción de la acción penal o de la pena).

## B. Adulterio con cónyuge del causante

El ord. 2° del art. 810 CC señala, como otra causa de incapacidad para suceder por indignidad, el adulterio declarado judicialmente, del eventual sucesor *mortis causa* con el cónyuge del *de cujus*.

Obsérvese que en este segundo caso de indignidad para suceder, no basta la comisión del adulterio entre el cónyuge del causante y el eventual sucesor de aquél, sino que además es indispensable que al respecto exista declaración judicial.

A nuestro juicio, tal declaración judicial de adulterio puede resultar: i) de la sentencia definitiva y firme que sea dictada en juicio criminal instaurado contra el cónyuge adúltero y el coautor del adulterio; ii) de la sentencia definitiva y firme que sea dictada en juicio civil de desconocimiento instaurado por el causante (o sus herederos) contra el hijo aparente y la madre del mismo (esposa del *de cujus*); iii) de la sentencia definitiva y firme que sea dictada en juicio civil de divorcio o de separación de cuerpos, instaurado por el causante contra su cónyuge; iv) de la sentencia definitiva y firme que sea dictada en juicio civil de declaración de indignidad, instaurado por cualquier interesado contra el coautor del adulterio con el cónyuge del *de cujus*, que pretenda suceder a éste; y v) de la sentencia definitiva y firme dictada en juicio civil de petición de herencia, en la cual se declare sin lugar dicha acción, en base a la defensa de incapacidad por indignidad derivada de adulterio, opuesta al actor por la parte demandada. Tal criterio lo basamos en las consideraciones que pasamos a indicar.

En primer término, si existe sentencia penal que condena por adulterio al cónyuge del causante y al pretendido sucesor de éste, no cabe discusión alguna respecto de que están llenos los extremos de dicha causal de indignidad, exigidos por el ord. 2° del art. 810 CC.

La doctrina venezolana, en cambio, tradicionalmente niega la existencia de esa causal de indignidad, cuando se trata de una sentencia civil de divorcio o de separación de cuerpos, que declara el adulterio (y nada dice respecto del caso de sentencia que pronuncia con lugar la acción de desconocimiento del hijo, intentada por el marido de la madre); y para justificar esa posición argumenta que en el juicio civil respectivo no fue parte el coautor del adulterio, motivo por el cual dicha decisión no puede serle opuesta[16]. Es nuestra opinión que dicho criterio doctrinario

16 Al respecto, *cfr.*: Sanojo, *op. cit.*, T. II, nº 226, p. 197; Dominici, *op. cit.*, T. II, p. 31; Farrera, *op. cit.*, nº 22, p. 22.

podía válidamente sostenerse antes de la entrada en vigor del CC de 1942, pero no después, ya que su verdadero fundamento era el texto de la respectiva norma en los CC precedentes. En efecto, la aludida causal de indignidad venía redactada en ellos, poco más o menos así: "Son incapaces para suceder como indignos: ... el *condenado* en juicio por adulterio con la mujer del *de cujus*..."[17]; pues bien, parece que, efectivamente, la única forma como una persona (distinta del cónyuge adúltero), pudiera resultar condenada por adulterio, sería en un juicio penal promovido al efecto. Pero la norma hoy vigente no habla de condena por adulterio, sino de *declaración* de adulterio y tal declaración ciertamente podría ser hecha en una sentencia de desconocimiento de hijo, de divorcio o de separación de cuerpos, aunque el eventual sucesor (y coautor del adulterio) no haya sido parte en el juicio respectivo. Por otra parte, debe recordarse que de acuerdo con las previsiones del art. 507 CC –el cual no tiene equivalente en los CC anteriores– las sentencias definitivas y firmes recaídas en juicios de estado (como son los de desconocimiento, de divorcio y de separación de cuerpos), producen inmediatamente efectos absolutos para las partes y para los terceros o extraños al procedimiento (sin perjuicio del recurso de revisión que podría eventualmente interponerse contra la sentencia declarativa de desconocimiento de hijo, previsto en el ord. 2° de dicho art. 507 CC)[18], de manera que mal podría argüirse acertadamente en este caso, que se esté oponiendo indebidamente una decisión judicial a quien no fue parte en el proceso. Por último, si la incapacidad para suceder por indignidad tiene efectivamente por fundamento, una presunción de la voluntad del causante, como antes dijimos (*supra*, n° 15), resulta muy cuesta arriba sostener que a pesar de que él se hubiera tomado la molestia y el desagrado de alegar y comprobar, en un juicio de desconocimiento, de divorcio o de separación de cuerpos, el adulterio de su cónyuge con el eventual sucesor, ello no deba en modo alguno considerarse como determinante de indignidad para el coautor de ese adulterio.

En tercer lugar, no vemos razón jurídica o impedimento legal alguno, a los efectos de que el adulterio del eventual sucesor y el cónyuge del causante, pueda ser declarado en la sentencia que se dicte en un juicio de declaración de indignidad promovido contra dicho sucesor por cualquier interesado; o bien, en un juicio de petición de herencia interpuesto por el sediciente sucesor contra quien no le reconozca su condición de heredero del causante, en el cual la parte demandada haya opuesto la defensa de incapacidad por indignidad para suceder, que afecta al actor: también en esos casos hay una declaración judicial del adulterio, que es el requisito establecido por la ley para que surja la indignidad.

---

17 Al respecto, *cfr.*: ord. 5° del art. 802 CC de 1922 y de 1916; ord. 5° del art. 712 CC de 1904; ord. 5° del art. 706 CC de 1896; ord. 5° del art. 689 CC de 1880; ord. 5° del art. 683 CC de 1873; ord. 4° del art. 571 CC de 1867.

18 Al respecto, *cfr.*: López Herrera, *op. cit.* (*Derecho de Familia*), n° 20, pp. 87-92.

### C. Negativa a cumplir el deber alimentario

La última de las causales de indignidad para suceder, está concebida por el ord. 3° del art. 810 CC, así: "Los parientes a quienes incumba la obligación de prestar alimentos a la persona de cuya sucesión se trate y se hubieren negado a satisfacerla, no obstante haber tenido medios para ello".

En consecuencia, las condiciones necesarias para que surja tal incapacidad, son: que haya existido obligación legal, a cargo del sucesor, de prestar alimentos al *de cujus* (la indignidad no resulta del incumplimiento de una obligación alimentaria cuya fuente sea de otro tipo, como por ejemplo, el contrato); que el sucesor haya tenido medios económicos suficientes para cumplir tal obligación; y que, no obstante, el sucesor se haya negado a satisfacerla.

Para la determinación de la causal de indignidad para suceder en referencia, no se toma en cuenta otras consideraciones. De manera que resulta indiferente al respecto, cuándo haya ocurrido el estado de necesidad del causante, en relación con la fecha de la apertura de su sucesión: puede haber sido mucho o poco antes. Son igualmente indiferentes –siempre que hayan existido las tres condiciones arriba señaladas– los motivos del pretendido sucesor para incumplir la referida obligación alimentaria, salvo que se trate de alguna de las circunstancias previstas en los arts. 299 y 300 CC (que establecen las causales de indignidad para reclamar alimentos, que también existe) y que, además, el *de cujus* acreedor de alimentos hubiese sido persona de mayor edad para la época cuando necesitaba asistencia alimentaria (lo cual no ocurre si dicho acreedor era un niño o un adolescente, puesto que en ese supuesto rigen al sobre el particular las normas de la LOPNA, cuyo art. 383 –que establece los motivos de extinción de la obligación de alimentos– no incluye entre los mismos las contenidas en los citados arts. 299 y 300 CC).

## 15-B. Efectos de la Indignidad

Desde luego, conforme ya hemos dicho, el efecto básico y fundamental de la indignidad, es hacer incapaz para suceder *mortis causa* a su sujeto, respecto de la persona en relación con la cual él es indigno (*supra*, nos. 13, *in fine* y 15). Unicamente nos queda pendiente estudiar la manera como opera esa incapacidad; las consecuencias de los actos realizados por el indigno; y el carácter personal de la indignidad.

La doctrina tradicional venezolana, siguiendo el criterio predominante entre los autores italianos, sostiene que la indignidad, como causa de incapacidad para suceder por causa de muerte –a diferencia de la incapacidad absoluta para suceder por falta de existencia– no opera *ipso jure*, sino que necesariamente requiere sentencia expresa, en juicio promovido con esa finalidad específica; sostiene igualmente, que los efectos de la sentencia de declaración de indignidad se retrotraen a la fecha de apertura de la sucesión y que los mismos consisten en que al declarado indigno deba considerársele

en cierta forma como muerto con anterioridad al *de cujus*[19]. Farrera, sin embargo, ha considerado que carecería de sentido tener que intentar un juicio específico de declaración de indignidad, cuando la prueba de ésta ya consta en sentencia definitiva y firme, dictada en juicio penal, con anterioridad o con posterioridad a la fecha de apertura de la sucesión; en consecuencia, se pronuncia por que en tales casos no es necesario iniciar un nuevo procedimiento judicial[20].

Por nuestra parte, vamos aún más lejos. Estimamos que carece de sentido jurídico y de base legal, establecer reglas doctrinarias especiales para el caso de la indignidad como causa de incapacidad para suceder, diferentes de las aplicables a la incapacidad absoluta para suceder por falta de existencia, toda vez que una y otra derivan de la propia ley. Nadie duda de que la falta de existencia del sucesor no requiere declaración judicial específica para producir sus efectos, salvo que los herederos de dicho incapaz insistan en que éste sí existía para la fecha de apertura de la sucesión; en consecuencia y de la misma manera, tampoco se necesita declaración judicial de indignidad, para que tal incapacidad produzca sus consecuencias, a menos –desde luego– que la persona a quien se tache de indigna (o sus herederos), insista en su capacidad para suceder. Por tanto, aunque es cierto que existe una acción de declaración de indignidad, la misma –a nuestro juicio– sólo tiene que ser ejercida cuando el indigno se encuentra –de hecho– en posesión del patrimonio hereditario o de parte del mismo y, además, sostiene que es capaz para suceder[21].

Lo antes dicho va sin perjuicio de que, en el caso específico de la causal de indignidad por adulterio con el cónyuge del *de cujus*, la prueba de dicha incapacidad tenga necesariamente que resultar de una sentencia judicial, por exigirlo así norma legal expresa (ord. 2° del art. 810 CC). No obstante, como ya se señaló, basta que exista

---

19 Al respecto, en la doctrina nacional, *cfr.*: Sanojo, *op. cit.*, T. II, n° 226, pp. 197-198; Dominici, *op. cit.*, T. II, pp. 33-34.- Y en la doctrina italiana, *cfr.*: Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, Vol. V, n° 108, pp. 223-226; De Ruggiero, *op. cit.*, T. II, Vol. II, p. 410; Polacco, *op. cit.*, T. I, pp. 74-75; Messineo, *op. cit.*, T. VII, n° 175, p. 46; etc.
Como curiosidad histórica cabe señalar que el art. 20, Título I, Ley Unica, Libro Tercero CC de 1862, establecía: «La indignidad no produce efecto alguno, si no es declarada en juicio, a instancia de cualquiera de los interesados en la exclusión del heredero o legatario indigno». Dicha norma, empero, desaparació de los CC posteriores.

20 Al respecto, *cfr.*: Farrera, *op. cit.*, n ° 25, pp. 24-25.

21 En el mismo sentido, *cfr.*: F. Ricci, Derecho Civil Teórico y Práctico, trad. E. Ovejero, España Moderna, Madrid, T. VII, n° 27, pp. 73-79; Planiol & Ripert, *op. cit.*, T. IV, n° 49, pp. 76-77; A. Colin & H. Capitant, Curso Elemental de Derecho Civil, 2ª. ed., trad. Rev. Gral. de Legislac. y Jurisp., Madrid, 1949, T. VII, pp. 124-125; De Page, *op. cit.*, T. IX, n° 79, pp. 81-83; etc.
La única jurisprudencia venezolana que conocemos sobre el particular, es una sentencia de Instancia, según la cual "la indignidad debe ser declarada judicialmente y en juicio contradictorio... para permitir [al interesado] ejercer su derecho de defensa...; no basta el simple alegato de indignidad..." [R&G, Vol. CLX, n° 2830-99, b), pp. 22-23]. En todo caso –como resulta claro de la anterior transcripción– se trataba de una situación en la cual la persona a quien se pretendía calificar de indigna para suceder, no se consideraba afectada por tal incapacidad.

al respecto una decisión judicial cualquiera que declare tal adulterio y no necesariamente tiene que tratarse de la que ponga fin a un juicio específico de declaración de indignidad; de manera que en ese sentido constituirían, también, evidencia de dicha incapacidad las siguientes sentencias definitivas y firmes (si contienen la aludida declaración de adulterio cometido por el cónyuge del causante con el sucesor aparente de éste): la de condenatoria criminal por adulterio; la de desconocimiento de hijo; la de divorcio o de separación de cuerpos, basada en causal de adulterio; y la de petición de herencia declarada sin lugar, por haber prosperado la defensa de indignidad del pretendido sucesor, por adulterio de éste con el cónyuge del causante (*supra*, nº 15-A, B).

La acción de declaración de indignidad para suceder por causa de muerte, no puede proponerse sino a partir de la fecha de la apertura de la sucesión, puesto que hasta entonces, como luego veremos (*infra*, nº 15-C), el causante puede remitir, condonar o perdonar al indigno; y, como dicha acción es carácter personal, prescribe al término de diez años (art. 1.977 CC).

Los interesados en interponer la acción en referencia, son las personas a quienes correspondería la cuota sucesoral del indigno, en caso de ser declarada con lugar la demanda; así como también los acreedores de tales personas, por vía de acción oblícua (art. 1.278 CC); y los herederos de unas y otros. La parte demandada es la persona cuya incapacidad se alega o los herederos de ella: pero estos últimos, sólo en el supuesto de que, como consecuencia de la indignidad de su causante, ellos no concurran por derecho propio o por derecho de representación, a la misma herencia de la persona respecto de la cual dicho causante es indigno, a tenor de lo indicado en el art. 813 CC, como explicaremos en breve.

Por otra parte, tanto esa acción como la sentencia que la pronuncie procedente, son declarativas. Por consiguiente, tal decisión surte efectos desde la fecha en la cual el sucesor incurrió en el acto determinante de su indignidad: no se trata, pues, de que la misma tenga efecto retroactivo, sino que se comporta en la forma típica de toda sentencia declarativa.

Dispone el art. 812 CC, que el indigno para suceder por causa de muerte se reputa poseedor de mala fe. En consecuencia, si en algún momento ejerció –de hecho– la posesión de bienes hereditarios, tiene la obligación de restituir todos los frutos que haya percibido de los mismos, desde el momento de la apertura de la sucesión en cuestión (en cambio, de acuerdo con las previsiones del últ. ap. del art. 1.001 CC, la persona que posée de buena fe bienes de la herencia, sólo está obligada a restituir los frutos de ellos, desde el día cuando haya sido legalmente notificada de la demanda respectiva).

¿Y qué decir respecto de los bienes de la herencia, que el indigno haya enajenado en favor de terceros, antes de ser desposeído por el verdadero heredero? El indigno que, a pesar de serlo, se comporta como heredero del causante, es y debe considerarse

–frente a terceras personas– como heredero aparente; por tanto, corresponde aplicar al caso en examen, *mutatis mutandi*, las normas del primer ap. del art. 1.001 CC, a saber: i) como consecuencia del principio general *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*, los actos a título gratuito efectuados por el indigno, quedan privados de todo valor y efecto, una vez que se reconozca la incapacidad para suceder del enajenante, independientemente de que el adquirente haya actuado de buena o de mala fe; ii) los actos a título oneroso celebrados por el indigno con terceros de buena fe, se consideran válidos por lo que a dichos terceros concierne, pero el indigno queda obligado con el verdadero heredero a restituir la contraprestación respectiva o a ceder su acción contra el adquirente que no la haya pagado o entregado todavía y a indemnizar los daños y perjuicios, si fuere el caso; iii) por último, los actos onerosos celebrados por el indigno con terceros de mala fe, también quedan privados de todo valor y efectos, por aplicación del principio general antes enunciado (*infra*, n° 125-A a 126-G).

Aunque la indignidad se basa en una presunción de la voluntad del causante (*supra*, n° 15), el legislador ha querido dar un carácter personalísimo a la incapacidad que deriva de la misma. Por ello limita estrictamente sus efectos a las relaciones sucesorales del causante con la persona que incurrió en alguno de los gravísimos actos señalados en el art. 810 CC: lo cual significa que la indignidad sólo afecta al responsable por los mismos y no daña a los hijos o ulteriores descendientes de esa persona.

Tales hijos o ulteriores descendientes del indigno, pues, pueden perfectamente suceder al causante, sea por derecho propio o por derecho de representación (art. 813 CC). Al final de este mismo Capítulo veremos en qué consisten esas dos formas de suceder *ab intestato* (*infra*, n° 16 y sigs.). Bástenos por el momento indicar, a título de ejemplos, que si el indigno era el único y universal heredero del causante y aquél tenía dos hijos, éstos concurren por derecho propio a la sucesión de dicho causante, a pesar de la indignidad que afecta a su padre; y por otra parte, si el indigno era único y universal heredero del causante y aquél, por su parte, tenía un hijo y dos nietos, estos últimos –a su vez– hijos de otro hijo premuerto de dicho indigno, tales nietos concurren a la sucesión del causante, en representación de su padre premuerto, conjuntamente con el otro hijo del indigno.

En los casos antes aludidos, sin embargo, si el sucesor del causante fuere de menor edad y se encontrare bajo la patria potestad del indigno, no corresponde a éste la administración de los bienes que reciba su hijo: los mismos quedan entonces bajo la exclusiva administración del otro progenitor también titular de la patria potestad, si fuere el caso (interpretación analógica del art. 262 CC); y si no existiere ese otro progenitor o si el mismo estuviere impedido de ejercer tal administración, ésta corresponderá a un curador especial que al efecto habrá de designar la autoridad judicial (interpretación analógica del últ. ap. del art. 272 CC).

Del carácter personal de la indignidad, derivan además otras consecuencias.

Si el indigno hereda a la persona que sucedió al causante (como consecuencia de la indignidad que afectaba a aquél), se hace entonces titular del patrimonio de dicho causante, que formaba parte de la herencia de la persona a quien sucede. *V.gr.*: en caso de existir tres personas –abuelo, padre e hijo– si fallece el abuelo y no puede sucederle el padre por ser indigno respecto de aquél, dicha herencia pasa al hijo; de morir éste posteriormente *ab intestato*, sin dejar cónyuge ni descendencia, le sucede entonces el padre, quien toma –dentro de la herencia del hijo– el patrimonio hereditario del abuelo, que allí se encontraba (a pesar de su indignidad para haber sucedido a éste).

La circunstancia de que una persona sea indigna de suceder al causante, no la incapacita para ejercer afirmativamente el *jus delationis* en la sucesión dejada por dicho causante (es decir, para aceptar la herencia de éste), cuando ese derecho le es transmitido dentro de la herencia de un tercero, que ha aceptado la persona primeramente aludida. *V.gr.*: dentro del mismo grupo de personas del ejemplo anterior, fallece el abuelo y no puede sucederle el padre, por ser éste indigno respecto de aquél, motivo por el cual el respectivo *jus delationis* pasa al hijo, quien –a su vez– muere sin haberlo ejercido; en caso de que el padre llegare a ser heredero del hijo, dicho padre podría aceptar válidamente, por derecho de transmisión, la herencia del abuelo (a pesar de que dicho padre era indigno de suceder al mismo), toda vez que simplemente estaría ejerciendo un derecho que ya había adquirido el hijo.

## 15-C. Remisión de la Indignidad

Como la indignidad no constituye materia de orden público, sino que se funda en la voluntad presunta del causante (*supra*, n° 15), la ley permite a éste remitir, condonar o perdonar al indigno, mediante un acto que se denomina *rehabilitación* (art. 811 CC).

El acto de rehabilitación tiene que ser auténtico, es decir, otorgado con las solemnidades legales ante un registrador, notario, juez u otro funcionario o empleado público facultado para darle fe pública en el lugar de su ejecución (art. 1.357 CC; art. 10 de la Ley de Registro Público, de 5 de octubre de 1999; arts. 67 y 74 del Decreto con Fuerza de Ley de Registro Público y Notariado, de 13 de 13 de noviembre de 2001; art. 9° del Reglamento de Notarías Públicas, de 11 de noviembre de 1998)[22].

---

22 La legislación anterior señalaba que la rehabilitación podía efectuarse por acto auténtico o por *testamento*. Al respecto, *cfr.*: art. 803 CC de 1922 y de 1916; art. 713 CC de 1904; art. 707 CC de 1896; art. 690 CC de 1880; art. 684 CC de 1873 (el art. 573 CC de 1867 sólo hacía alusión a instrumento público y el CC de 1862 no contenía previsión alguna sobre el acto de rehabilitación). En la EMPCC de 1942 (p. 69), se explica que el expresado cambio de redacción tuvo su razón de ser en que, «siendo el 'testamento' un instrumento auténtico, resultaba innecesaria su particular referencia». Olvidó la Comisión Codificadora Nacional que existen ciertas formas de otorgar testamento que no constituyen actos auténticos, al menos *ab initio* [arts. 853 (segundo caso), 867 y 875 CC] (*infra*, nos. 34-C y 39, 1 y2): tales testamentos, por tanto, no son en la actualidad medios idóneos para rehabilitar a un indigno.

La rehabilitación del indigno puede ser expresa o tácita, siempre que sea clara la voluntad del causante[23].

La doctrina discute varios aspectos del acto de rehabilitación del indigno, a saber: capacidad necesaria para dicho acto; posibilidad de rehabilitación parcial; y revocabilidad de la rehabilitación.

A nuestro modo de ver, como no existe disposición legal especial al respecto, resulta necesario concluir que la capacidad requerida para rehabilitar es –en principio– la capacidad normal de Derecho común, a saber, diez y ocho años cumplidos (art. 18 CC). Sin embargo, esa regla general sufre una excepción: si la rehabilitación del indigno se lleva a cabo en un testamento, parece obvio que, entonces, la capacidad necesaria para llevarla a cabo, es la que se requiere para disponer por acto de última voluntad, es decir dieciséis años cumplidos (o menos, si el testador es casado, viudo o divorciado) (art. 837 CC) (*infra*, nº 29, 1).

Es cierto que la indignidad no es materia de orden público y que se basa simplemente en una presunción de la voluntad del causante. Sin embargo, pensamos que de ello no resulta legítimo deducir que el *de cujus* pueda hacer al respecto cuanto le venga en ganas, ya que una conducta heterodoxa de su parte, podría afectar la claridad de su intención y por ende, la validez de la pretendida rehabilitación e incluso, violentar algunas normas legales que sí son de orden público. La rehabilitación del indigno, para ser tal, tiene que implicar y significar el perdón de la falta u ofensa cometida por el eventual sucesor; ahora bien, se perdona o no se perdona al ofensor, pero resulta absurdo y carente de sentido, perdonar sólo la mitad o una tercera parte de la falta: y a ello equivaldría una rehabilitación simplemente parcial. Por lo demás, si el indigno es heredero legitimario del causante, pretender reducir sus derechos hereditarios a menos de su cuota legítima, so pretexto de una rehabilitación parcial, nos parece que constituiría un atentado inadmisible contra el fundamento mismo de esa institución. Finalmente, si se trata de que el *de cujus* desea dejar al indigno una cuota inferior a la que le correspondería según las reglas del CC (pero sin afectar su legítima, en caso de que se trate de heredero legitimario), tal objetivo podría lograrlo mediante el otorgamiento de testamento contentivo de tales disposiciones, sin tener que recurrir a una anómala remisión parcial de la indignidad.

¿Es revocable la rehabilitación del indigno? A nuestro juicio, no. En efecto, la rehabilitación implica el perdón de la falta; la falta perdonada queda borrada por completo; y no está ya en manos del causante hacerla renacer, mientras el sucesor

23 La legislación venezolana anterior, sólo permitía la rehabilitación expresa. Al respecto, *cfr.*: art. 803 CC de 1922 y de 1916; art. 713 CC de 1904; art. 707 CC de 1896; art. 690 CC de 1880; art. 684 CC de 1873 (el art. 573 CC de 1867 no exigía que la rehabilitación fuera expresa y el CC de 1862 no contenía previsión alguna sobre el acto de rehabilitación, como antes dijimos). El legislador de 1942 estimó que por cuanto la rehabilitación del indigno es una cuestión de hecho, su apreciación debía dejarse a los jueces (EMPCC, p. 69).

perdonado no incurra de nuevo en causal de indignidad. Respecto de lo antes dicho, cabe no obstante una excepción: si la rehabilitación del indigno consta en testamento cerrado –cuyo contenido, por hipótesis, sólo conoce su autor (*infra*, n° 35)–, el testador podría destruir éste y ello implicaría, de hecho y de derecho, la revocación del perdón.

## 16. Formas de Suceder de Manera Intestada

Existen dos formas de suceder *ab intestato*: por derecho propio y por derecho de representación.

Sucede por *derecho propio* la persona que es llamada *directa e inmediatamente* por la ley, a heredar al causante; *v.gr.*: el hijo que sucede a su padre o madre. Por el contrario, el heredero por derecho de *representación*, sólo recibe al respecto un llamado *mediato*, pues se trata de que ocupe en la sucesión el sitio que correspondía a un antecesor suyo; *v.gr.*: el nieto que sucede al abuelo, tomando el lugar que correspondía al padre o a la madre de aquél.

Lo antes dicho basta para que podamos concluir, sin necesidad de explicación adicional alguna, que la sucesión por derecho de representación no puede funcionar sino cuando los herederos son parientes consanguíneos del causante, ya se trate de consanguinidad natural (art. 37 CC) o de consanguinidad civil (arts. 425-427 LOPNA) (supra, n° 11, A). Por consiguiente, cuando se trata del cónyuge, éste siempre concurre a la sucesión de su esposo o esposa, por derecho propio; y lo mismo cabe decir respecto del adoptado en adopción antigua. En efecto, el cónyuge y el hijo adoptivo (en adopción antigua), jamás son llamados por la ley para ocupar en la sucesión del causante, el sitio que habría correspondido a un antecesor de cualquiera de aquéllos, puesto que tal antecesor –como tal– no tiene ni tenía vocación ab intestato respecto del *de cujus*, ya que no pertenece a alguna de las categorías de personas a quienes la ley llama a la sucesión de éste (*supra*, n° 11).

Además, para que pueda hablarse de sucesión por derecho de representación es necesaria la concurrencia de los siguientes supuestos: i) que haya varios herederos y ii) que no todos ellos desciendan inmediatamente del mismo tronco (es decir, que no todos sean hermanos entre sí)[24]. Sin embargo, aunque tales condiciones son in-

---

24 En el mismo sentido, *cfr.*: Ricci, *op. cit.*, T. VII, n° 35, pp. 101-102; Polacco, *op. cit.*, T. I, pp. 43-50, texto y nota (2); B. Brugi, *Instituciones de Derecho Civil*, trad. J.S. Bofarull, UTEHA, México, 1946, n° 103, p. 552; Planiol & Ripert, *op. cit.*, T. IV, n° 55, pp. 82-83; F. López Herrera, *Heredero Unico: ¿Derecho de Representación o Derecho Propio?*, Doctrina de la Procuraduria General de la Republica, Ministerio de Educación, Caracas, 1971, pp. 328-342.- *Inst.*: JTR, Vol. XVI, pp. 251-253.- *Contra*: Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. V, n° 53, p. 107; De Ruggiero, *op. cit.*, T. II, Vol. II, p. 416, en nota (1); A. Torres Rivero, *Heredero Unico: ¿Derecho de Representación o Derecho Propio?*, Doctrina de la Procuraduria General de la República, Ministerio de Educación, Caracas, 1971, pp. 342-350.
El vigente CC italiano (primer ap. del art. 469) ha puesto fin en Italia, al menos parcialmente, a la aludida discrepacia de criterios doctrinales, al admitir expresamente la sucesión por derecho de representación en caso de estirpe única.

dispensables para que pueda darse la sucesión por derecho de representación, ello no significa que cada vez que las mismas existan, automáticamente tenga que funcionar esa forma de sucesión intestada. Por otra parte, debe tenerse presente que respecto de un mismo causante, pueden algunos de sus herederos concurrir por derecho propio y otros, por derecho de representación.

Creemos conveniente aclarar lo antes dicho, con algunos ejemplos.

*Primer ejemplo*: Si a la sucesión intestada del causante concurre únicamente un hijo, o un nieto, o un padre, o un abuelo, o un hermano, o un sobrino, o un tío, o un primo suyo, o el cónyuge, dicho heredero siempre lo es por derecho propio, pues su llamado es directo e inmediato y no ocupa en la sucesión el sitio de un antecesor, sino el suyo propio.

*Segundo ejemplo*: Si a la sucesión intestada del causante concurren únicamente sus hijos, éstos suceden a aquél por derecho propio, pues su llamado es directo e inmediato y no ocupan en la herencia el lugar de otra persona. Lo mismo cabe decir si a la sucesión intestada del causante concurren únicamente nietos del mismo, si todos ellos descienden inmediatamente del mismo hijo del *de cujus*: aunque la apariencia pueda a primera vista confundir la situación, en este caso simplemente se está cumpliendo el principio general de que dentro de una misma línea, la ley llama a los parientes de grado más proximo en relación con el causante.

*Tercer ejemplo*: Si a la sucesión intestada del causante concurren únicamente sus nietos, hijos a su vez de varios hijos del causante, todos ellos heredan por derecho de representación, pues cada grupo integrado por hijos de un mismo hijo del *de cujus* ocupa en la herencia el sitio que correspondía al padre de sus respectivos integrantes.

*Cuarto ejemplo*: Si a la sucesión intestada del causante concurren uno o varios hijos suyos y además nietos que –a su vez– son hijos de otros hijos (que no concurren) del *de cujus*, los primeros (es decir, los hijos concurrentes) heredan por derecho propio y los nietos, por derecho de representación de sus respectivos padres.

*Quinto ejemplo*: Si a la sucesión intestada del causante concurren el cónyuge supérstite y los hermanos del causante, todos heredan por derecho propio (a pesar de que el cónyuge no tiene el mismo autor inmediato de los hermanos), pues conforme poco antes señalamos, por una parte, el cónyuge siempre sucede por derecho propio (por no tratarse de un pariente consanguíneo del *de cujus*) y, por lo que respecta a los hermanos, ellos sí tienen todos un mismo autor inmediato.

Lo que acabamos de exponer se aclarará una vez que estudiemos las reglas de funcionamiento de la sucesión por derecho de representación (*infra*, nº 17 y sigs.).

## 17. Sucesión por Derecho de Representación

Se sucede por derecho de representación, como dijimos poco antes (*supra*, n° 16), cuando la ley llama al heredero (representante) para que entre a la sucesión del causante, en el lugar, el grado y los derechos de un antecesor de aquél (representado). Se trata, por ende, de un llamado mediato, toda vez que la persona inmediata y directamente favorecida habría sido dicho antecesor o representado, de no existir circunstancias que impiden a éste suceder al *de cujus*.

Originalmente se decía que la sucesión por derecho de representación estaba basada en una ficción de supervivencia del representado, ya que la premoriencia del mismo era la única causa que la hacía funcionar. Posteriormente, cuando se admitieron causas adicionales de la representación, se la explicaba como una sustitución *ope legis* de las personas afectadas por incapacidad para suceder *ab intestato*, consagrada por el legislador para evitar tanto injustas exclusiones a la herencia, como divisiones de ella poco equitativas[25].

En la sucesión por derecho de representación, el representante es siempre hijo o ulterior descendiente del representado (*supra*, n° 16). Como poco más adelante tendremos oportunidad de aclarar, la sucesión por derecho de representación constituye, en muchos casos, una derogación de la regla de que en la sucesión intestada y dentro de cada línea de parentesco consaguíneo, gobierna el principio de la proximidad de grado, en el sentido de que la ley llama a la persona más cercana en parentesco al causante (*supra*, n° 11, A); cuando funciona la sucesión por representación, en efecto, no siempre el pariente más cercano del *de cujus* excluye al más remoto.

Se ha criticado la denominación de sucesión por derecho de *representación*, que se da a la forma de heredar *ab intestato* que ahora nos ocupa, en razón de que la misma no tiene relación alguna con las acepciones usuales y normales del vocablo: sustitución de la voluntad del interesado por la de un tercero (representación propia o verdadera); simple transmisión de la voluntad del interesado (representación impropia). La representación sucesoral, en efecto, ninguna relación tiene con esos otros tipos de "representación". Es más, el representante sucesoral no actúa por el representado ni en beneficio de éste, sino que lo hace en su propio nombre y beneficio; no ejerce un derecho ajeno, sino un derecho que le acuerda la ley. El representante, simplemente, entra a la herencia del causante, para ocupar allí el lugar del representado, con los mismos derechos que habrían correspondido a éste (art. 814 CC).

---

25 La sustitución normal o vulgar (arts. 959-962 CC) es un régimen de suplencias de herederos o legatarios, que puede incluír el testador en su acto de última voluntad, para que funcione cuando el heredero o legatario instituido, no quiere o no puede aceptar (*infra*, n° 69-A). La sucesión por derecho de representación, de acuerdo con lo dicho, sería un regimen de sustitución consagrado por la ley, en materia de sucesiones intestadas, para surtir efectos cuando la persona a quien se habría llamado a la herencia en primer término, es incapaz.

En el Derecho Romano primitivo, cuando entre los *heredes sui* había descendientes del causante en diferentes grados, todos concurrían a la sucesión y ésta se distribuía entre ellos por cabezas: tal sistema fue el consagrado por la Ley de las XII Tablas y se mantuvo en vigencia hasta el siglo II de nuestra era, cuando los jurisconsultos se pronunciaron por que en esos casos la división de la herencia debía efectuarse por estirpes y no por cabezas (cada grupo de nietos, sólo debía recibir, en conjunto, lo que hubiera correspondido a su padre; a cada grupo de biznietos, únicamente correspondia, en total, lo que hubiera recibido su padre, nieto del causante; y así sucesivamente)[26]. Justiniano extendió la sucesión por representación al caso de concurrencia de sobrinos con hermanos, en la sucesión del causante[27].

El Derecho Feudal fue enemigo de la sucesión por derecho de representación, ya que contribuía a la desmembracion de los patrimonios familiares. Ello explica que incluso llegara a desaparecer de las costumbres vigentes en regiones no demasiado influídas por el Derecho Romano. Es sólo a fines del siglo XVI cuando puede observarse el renacer de la corriente contraria que, en definitiva, terminó por imponerse y que culminó con la reconsagración del instituto en el Código Napoleón[28].

## 17-A. Causas de la Sucesión por Derecho de Representación

En nuestro Derecho, todas las causas de la sucesión por derecho de representación constituyen incapacidades para suceder *ab intestato* y son tres: la premoriencia, la ausencia y la indignidad del representado (*supra*, nos. 14, C y D y 15) (art. 820 CC).

Las restantes incapacidades de la sucesión intestada (no estar concebido y haber nacido muerto) no dan lugar a esa forma de sucesión, puesto que el afectado por ellas no pudo dejar descendencia (recuérdese que el representante es siempre descendiente del representado: *supra*, n° 17).

El art. 820 CC dice que "no se representa a las personas vivas, excepto cuando se trata de personas ausentes [cuya existencia se desconoce] o incapaces de suceder [indignos]": con ello quiere simplemente significar, que en nuestro sistema legal no se representa al renunciante. Esto, por lo demás, lo ratifica el art. 1.015 CC, cuando señala: "No se sucede por representación de un heredero que haya renunciado. Si el renunciante fuere el único heredero en su grado, o si todos los herederos renunciaren, los hijos de ellos suceden por derecho propio y por cabeza".

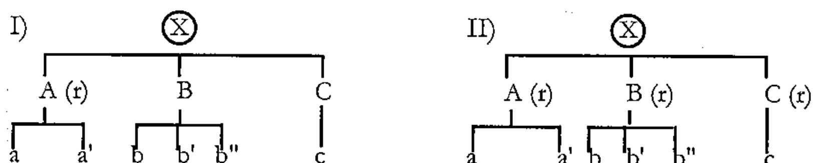
---

26 Gayo (*Institutas*), III, 7-8.

27 *Novelas*, CXVIII, III, *pr.*

28 Al respecto, *cfr.*: Pothier, *op. cit.* (*Successions*), Chap. II, Sect. I, Art. I y Sect. III, Art. I; Lepointe, *op. cit.*, n° 140, p. 107; De Page, *op. cit.*, T. IX, n° 149, B, p. 122.

Nos valdremos de unos ejemplos para aclarar dicha norma:




En el ejemplo I, fallece el padre (X) y deja tres hijos (A, B y C); (A) a su vez, tiene dos hijos (a *y* a'), nietos del causante; (B) por su parte, tiene tres hijos (b, b' *y* b''), también nietos del *de cujus*; el tercer hijo (C), tiene asimismo un hijo (c), igualmente nieto del causante; el hijo (A) del causante, renuncia (r) a la herencia de su padre (X). En tal caso, los hijos del renunciante (A) no concurren en su representación a la herencia de su abuelo (X), conjuntamente con sus tíos (B *y* C), sino que la sucesión corresponde íntegra y exclusivamente a éstos dos (B *y* C): los hijos de los últimos nombrados (b, b' *y* b'' *y* c, respectivamente), tampoco heredan pues son excluídos por sus padres (B *y* C) en virtud del principio de la proximidad de grado (*supra*, n° 11, A).

En el ejemplo II se trata de la misma situación familiar del caso anterior, pero los tres hijos (A, B *y* C) renuncian (r) a la sucesión de su padre (X). Son llamados entonces los respectivos hijos de cada uno de ellos (a *y* a', hijos de A; b, b' y b'', hijos de B; *y* c, hijo de C) a suceder al abuelo (X), pero por derecho propio y no por derecho de representación, motivo por el cual la herencia se divide entre tales nietos por cabezas, es decir, por partes iguales (y no por estirpes, que es la forma de dividir la herencia cuando funciona la representación: *infra*, n° 17-C, D)[29].

## 17-B. Casos cuando funciona la Sucesión por Derecho de Representación

Como señalamos con anterioridad (*supra*, n° 16), la sucesión por derecho de representación sólo puede tener lugar cuando tanto el causante como el representante y el representado, son entre sí parientes consanguíneos. Pero no siempre que se da esa situación hay sucesión por representación, toda vez que la ley no la admite en tratándose de línea recta ascendente. En efecto, el art. 816 CC establece que "entre los ascendientes no hay representación: el más próximo excluye a los demás".

Si, por ejemplo, fallece *ab intestato* una persona que deja como únicos familiares a su padre y a su abuelo materno, toda la herencia corresponde al padre, por aplicación

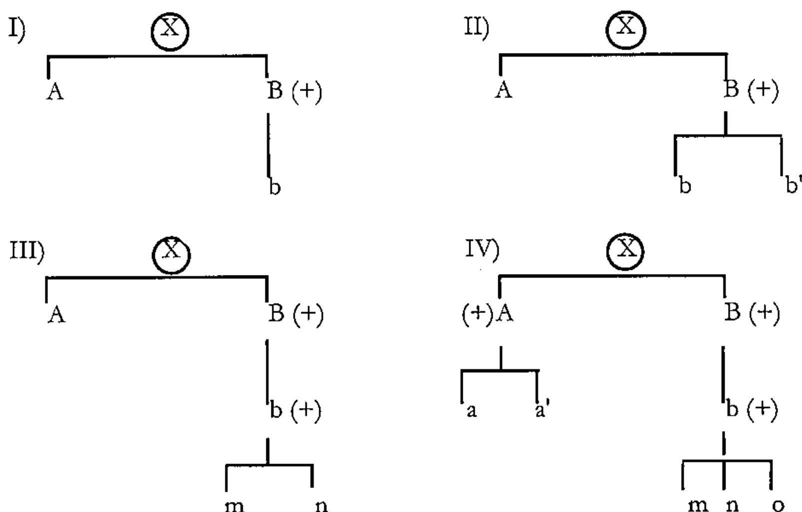
29 Por el contrario, el vigente CC italiano (art. 468), incluye la renuncia de la herencia como una de las causas de la sucesión por derecho de representación.

del principio de la proximidad de grado (*supra*, nº 11, A); en tal caso el abuelo materno no podría pretender concurrir en representación de su hija (madre del causante)[30].

Pero la sucesión por representación sí funciona tanto en la línea recta descendente, como en la línea colateral.

A. En la *línea recta descendente*, la sucesión por derecho de representación tiene efecto indefinidamente y en todo caso, independientemente de que ello implique la concurrencia de herederos que son todos de una misma generación o grado de parentesco respecto del causante, o de que por el contrario, signifique concurrencia de herederos que son de distintas generaciones o grados de parentesco en relación con el *de cujus;* y sin tomar tampoco en cuenta si el número de herederos que figura en cada generación es igual o es diferente (art. 815 CC).

*Ejemplos*:




En el ejemplo I, el causante (X) tuvo dos hijos (A y B), el segundo de los cuales había muerto (+) cuando se abre la sucesión de aquél, dejando a su vez un hijo (b), nieto del *de cujus*: el nieto (b) va a la sucesión del causante, en *representación* de su padre (B) y en concurrencia con su tío (A).

En el ejemplo II, el causante (X) tuvo dos hijos (A y B), el segundo de los cuales había muerto (+) cuando se abre la sucesión de aquél, dejando a su vez dos hijos (b y

30 Si bien la generalidad de las legislaciones extranjeras tampoco admite la sucesión por representación entre ascendientes, existen algunas que sí la prevén en ciertos casos. Así el CC austríaco (art. 738 y sigs.), establece que cuando la sucesión corresponde a los abuelos u otros ascendientes más remotos del causante, el patrimonio hereditario se divide en dos porciones iguales, de las cuales una se asigna al ascendiente o a los ascendientes más próximos al causante en línea paterna y la otra al ascendiente o a los ascendientes más cercanos en línea materna.

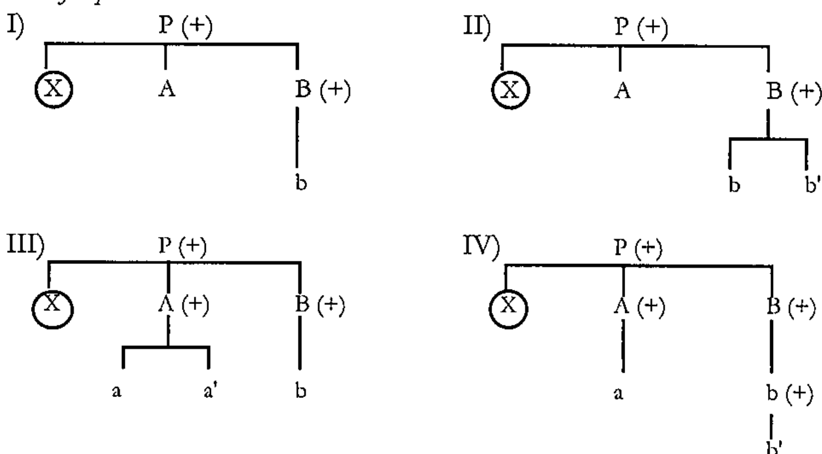
b'), nietos del *de cujus*: los nietos (b y b') van a la sucesión del causante, en *representación* de su padre (B) y en concurrencia con su tío (A).

En el ejemplo III, el causante (X) tuvo dos hijos (A y B), el segundo de los cuales había muerto (+) cuando se abre la sucesión de aquél; dicho hijo premuerto (B) tuvo a su vez un hijo (b), nieto del causante, que también había fallecido (+) para la fecha de la apertura de la sucesión del *de cujus*, dejando dos hijos (m y n), biznietos del mismo: los biznietos (m y n) van a la sucesión del causante, en *representación* de su padre (b) y de su abuelo (B), en concurrencia con su tío-abuelo (A).

Por último, en el ejemplo IV, el causante (X) tuvo dos hijos (A *y* B), ambos muertos (+) para la fecha de la apertura de la sucesión de aquél; el hijo (A), a su vez, dejó dos hijos (a *y* a'), nietos del *de cujus*; el hijo (B), por su parte, había tenido un hijo (b), nieto del causante, también premuerto (+) respecto de éste, quien deja tres hijos (m, n *y* o), biznietos del causante: los biznietos (m, n *y* o) van a la sucesión del causante, en *representación* de su padre (b) y de su abuelo (B), en concurrencia con sus primos segundos (a y a'), nietos del causante, quienes a su vez *representan* a su padre (A), hijo del *de cujus.*

B. En la *línea colateral*, la sucesión por derecho de representación sólo se admite en favor de los hijos de los hermanos del *de cujus*, es decir, de los sobrinos de éste, ya sea que ellos concurran o no con sus tíos (hermanos del causante) (art. 817 CC). En consecuencia, la representación no funciona, en nuestro sistema legal, cuando se trata de ulteriores descendientes de los hermanos del causante[31]; ni tampoco en caso de sucesión abierta en favor de colaterales distintos de hermanos y sobrinos del *de cujus* (*v.gr.*: tíos, primos).

*Ejemplos*:




31 Algunas legislaciones, por el contrario, también admiten la representación sucesoral, en linea colateral, en favor de todos los ulteriores descendientes de los hermanos del causante, hasta el infinito. Así: CC belga (art. 742); CC francés (art. 742); CC italiano (arts. 468-469).

En el ejemplo I, se trata de que el causante (X), quien fallece sin dejar descendientes ni ascendientes, tuvo dos hermanos (A *y* B) (tanto dicho causante como sus referidos hermanos, a su vez, eran hijos de P, premuerto); el segundo de los hermanos (B), había también muerto (+) cuando se abre la sucesión, dejando a su vez un hijo (b), sobrino del *de cujus*: el sobrino (b) va a la sucesión del causante, en *representación* de su padre (B) y en concurrencia con su tío (A).

En el ejemplo II, se trata del mismo caso familiar del ejemplo precedente, con la sóla diferencia de que el segundo hermano (B) del causante (X), murió (+) dejando dos hijos (b y b'), sobrinos del *de cujus*: los sobrinos (b *y* b') van a la sucesión del causante, en *representación* de su padre (B) y en concurrencia con su tío (A).

En el ejemplo III, se prosigue con el caso familiar de los ejemplos anteriores, con las sólas diferencias siguientes: el primer hermano (A) del causante (X), murió (+) dejando dos hijos (a y a'), sobrinos del *de cujus*; y el segundo hermano (B), murió (+) también dejando, a su vez, un hijo (b), igualmente sobrino del *de cujus*: los sobrinos (a y a') van a la sucesión del causante, en *representación* de su padre (A) y en concurrencia con su primo hermano (b) –también sobrino del causante– quien por su parte va a dicha sucesión en *representación* de su padre (B).

En el ejemplo IV, los dos hermanos (A y B) del causante (X) han premuerto respecto de éste; el primer hermano (A), dejó un hijo (a), sobrino del *de cujus*; el segundo hermano (B), había tenido a su vez un hijo (b), sobrino del *de cujus*, pero que también había fallecido con anterioridad, dejando por su parte un hijo (b'), sobrino-nieto del *de cujus*: la herencia del causante corresponde íntegramente al sobrino (a), quien va a la sucesión por derecho propio (ya que se trata de un único y universal heredero: *supra*, nº 16); el sobrino-nieto (b') no puede representar a su padre (b) ni a su abuelo (B), ya que el llamado a la sucesión por derecho de representación en línea colateral, no va más allá de los sobrinos del causante, por mandato del art. 817 CC [dicho sobrino-nieto (b'), por lo demás, tampoco podría concurrir por derecho propio a la sucesión en referencia, porque está excluído de ella por el sobrino del causante (a), en virtud del principio de la proximidad de grado: *supra*, nº 11, A].

A los efectos de que funcione la sucesión por derecho de representación, no existe actualmente en Venezuela diferenciación alguna entre hijos o descendientes matrimoniales (legítimos) e hijos o descendientes extramatrimoniales (ilegítimos o naturales): al respecto (y con las limitaciones en cuanto a la extensión de la sucesión por representación entre colaterales, que acabamos de indicar), todos ellos van en pie de igualdad y con los mismos derechos (arts. 234 y 826 CC) (*supra*, nº 11, A). Lo mismo cabe decir en relación con los adoptados en adopción actual y con los descendientes de ellos, cuya situación familiar, respecto del causante y los miembros de su familia, es exactamente igual a la determinada por vínculos de sangre (arts. 425, 426 LOPNA) (*supra*, nº 11, C).

En cambio, no sucede otro tanto en caso de adopción antigua. En efecto, el art. 829 CC señala que "los hijos adoptivos en adopción simple tienen, *en la herencia del adoptante o adoptantes*, los mismos derechos que los otros hijos"; pero cuando funciona la sucesión por derecho de representación, no se trata ni podría tratarse de la herencia del adoptante, sino de la del padre u otro ascendiente del mismo, con quien dicho adoptado no tiene vínculo alguno de familia, requisito indispensable para que pueda haber sucesión *ab intestato* (*supra*, nos. 10 y 11 ).

## 17-C. Efectos de la Sucesión por Derecho de Representación

Los efectos de la sucesión por derecho de representación, son fundamentalmente los que se indican de seguida.

A. Como señalamos con anterioridad, a pesar de que el nombre del instituto podría inducir a confusiones al respecto, el representado no ejerce un derecho ajeno; y si bien recibe un llamado mediato, hereda directamente al causante (*supra*, n° 17).

De ello deriva una serie de consecuencias, a saber:

i) Se puede representar a la persona respecto de la cual se es indigno de suceder; en cambio no se puede suceder por representación cuando el representante es indigno en relación con el causante.

La circunstancia de que el representante sea indigno de suceder al representado, no le impide representar a éste en la sucesión del causante, toda vez que no se trata de la herencia del representado (respecto de quien existe la incapacidad), sino de la del causante. Por el contrario, cuando el representante se encuentra incurso en alguna causal de indignidad para suceder, respecto del causante, queda excluído por incapaz de la sucesión de éste, ya que precisamente se trata de la herencia de ese *de cujus* y no de la del representado.

ii) El representante puede representar al representado en la sucesión del causante, aunque haya renunciado a la herencia del representado (art. 821 CC).

La renuncia que el representante haya hecho a la herencia del representado, no le coarta su derecho de representar a éste en la sucesión del causante, puesto que se trata de otra sucesión diferente, a la cual aquél también es llamado, aunque de manera mediata. Y por idéntica razón, la renuncia del representante a la herencia del causante, no le impide aceptar luego la herencia que deje el representado: son dos sucesiones diferentes, a las cuales es llamado el representante, quien al efecto goza de plena libertad para aceptarlas ambas; o para repudiar las dos; o para aceptar cualquiera de ellas y renunciar a la otra.

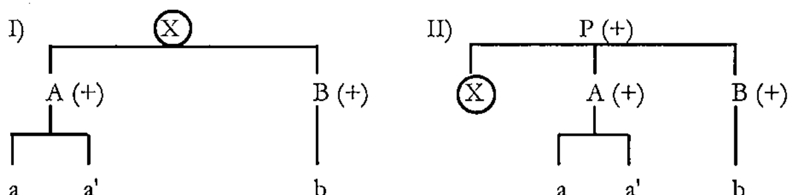
iii) Si el supuesto representante no tiene vocación hereditaria respecto del causante, jamás puede funcionar la representación.

Ello explica lo antes dicho en relación con el hijo adoptado en adopción antigua (*supra*, n° 17-B, *in fine*): a pesar de que el art. 829 CC le reconoce idénticos derechos a los de un hijo de sangre, en relación con la sucesión del adoptante, está impedido de representar a éste en las sucesiones intestadas de los ascendientes o de los hermanos del mismo, pues al no existir vinculación familiar entre dicho adoptado y el causante, no es llamado por la ley a tales herencias.

iv) Salvo en lo tocante a la determinación de la cuota sucesoral de cada uno de los representantes, que se hace en base a las previsiones del art. 819 CC, como luego veremos, ellos tienen los mismos derechos que los herederos por derecho propio.

B. Aunque a primera vista pudiera pensarse que el funcionamiento de la sucesión por derecho de representación implica siempre la concurrencia de herederos que se encuentran en diferentes grados de parentesco respecto del causante, ello no es necesariamente así: es perfectamente factible el funcionamiento de la representación sucesoral, a pesar de que todos los herederos se encuentren en el mismo grado de parentesco respecto del causante.

Así por ejemplos, habría sucesión por derecho de representación en los siguientes casos:




En el ejemplo I, el causante (X) tuvo dos hijos (A *y* B), ambos premuertos para la fecha de apertura de la sucesión; el primer hijo (A), dejó a su vez dos hijos (a *y* a'), nietos del *de cujus*; el segundo hijo (B), dejó por su parte un hijo (b), también nieto del *de cujus*: todos los nombrados nietos (a, a' *y* b) son, respecto del causante, consanguíneos de segundo grado en línea recta descendente y no obstante, van a su sucesión por derecho de representación (a y a', en representación de su padre A; *y* b, en representación de su padre B).

En el ejemplo II, el causante (X) (que fallece sin dejar descendientes ni ascendientes), tuvo dos hermanos (A *y* B), ambos ya muertos; el primer hermano (A), deja dos hijos (a *y* a'), sobrinos del *de cujus*; y el segundo hermano (B), deja otro hijo (b), también sobrino del *de cujus*: los tres sobrinos (a, a' *y* b) son, respecto del causante (X), consanguíneos de tercer grado en línea colateral y no obstante, van a su sucesión por derecho de representación (a *y* a', en representación de su padre A; *y* b, en representación de su padre B).

C. A los efectos de determinar la respectiva cuota hereditaria, cada grupo de representantes –sea cual fuere el número de personas que lo integran– se cuenta como uno sólo, que es precisamente el representado cuyo lugar ocupan en la sucesión de la cual se trata.

Lo antes dicho es fundamentalmente válido e importante a los fines de la división de la herencia en cuestión, como veremos en seguida.

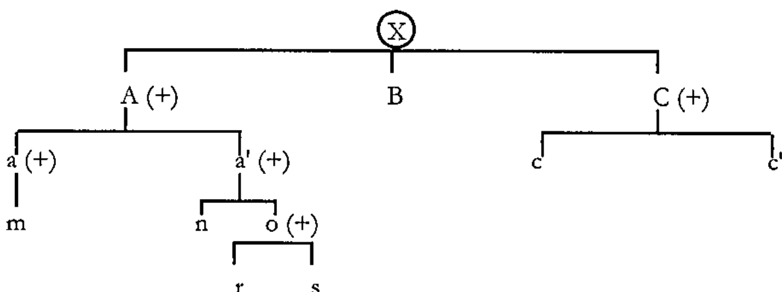
D. Uno de los efectos más característicos de la representación sucesoral es el tocante a la determinación de las cuotas que corresponden a los herederos concurrentes a la herencia y, por ende, a la forma como debe efectuarse la división de la misma. En efecto, siendo precisamente una de las finalidades del instituto, evitar divisiones del patrimonio hereditario que pudieran calificarse como poco equitativas (*supra*, nº 17), la ley dispone que cuando funciona dicha representación (es decir, cuando alguno de los llamados va a la sucesión por derecho de representación), la herencia debe dividirse tal y como lo habría sido de haber concurrido a ella (por derecho propio) el representado o los representados.

En tal sentido, establece el art. 819 CC: "En todos los casos en que se admite la representación, la división se hará por estirpes. Si una estirpe ha producido más de una rama, la subdivisión se hace por estirpes también en cada rama; y entre los miembros de la misma rama, se hace por cabezas".

*Estirpe* es la raíz y tronco de una familia o linaje; se entiende por *linaje*, la ascendencia o la descendencia de una persona o familia. De manera que cuando el copiado art. 819 CC habla de "estirpes", se refiere a las líneas rectas de parentesco consanguíneo a las cuales pertenece cada grupo de representantes.

En la línea recta descendente, cada estirpe propiamente dicha está constituída por la línea a cuya cabeza se encuentra un hijo del causante (representado original). Pero como en tales casos la representación se admite hasta el infinito (art. 815 CC) (*supra*, nº 17-B, A), puede suceder que en algunas o en todas esas estirpes, haya a su vez surgido varias *sub-estirpes* o ramas y así sucesivamente.

*Ejemplo 1 (línea recta descendente):*

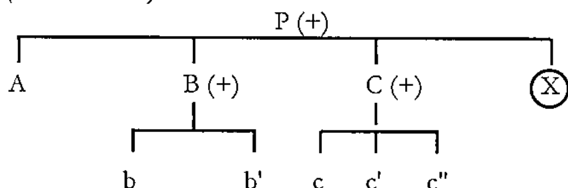


En el ejemplo propuesto, el causante (X) tuvo tres hijos (A, B *y* C). El primero de ellos (A), que había fallecido (+) para la fecha de apertura de la sucesión, tuvo a su vez dos hijos (a *y* a'), nietos del causante y también premuertos (+) respecto de éste; el primero de esos nietos (a) dejó un hijo (m), biznieto del causante; el segundo de dichos nietos (a'), tuvo dos hijos (n *y* o), biznietos del causante: uno (n) vivía para la fecha de apertura de la sucesión, pero el otro (o), ya había fallecido (+) dejando dos hijos (r *y* s), tataranietos del causante. El segundo de los hijos (B) del causante, vive para la fecha de la apertura de la sucesión de éste. El tercero de dichos hijos (C), en cambio, había premuerto dejando dos hijos (c *y* c'), nietos del causante y vivos para la fecha de apertura de la sucesión.

En dicho ejemplo, pues, existen tres estirpes principales o propiamente dichas: las de cada uno de los hijos (A, B *y* C) del causante. Ahora bien, la estirpe del primero de dichos hijos (A), ha producido a su vez dos sub-estirpes o ramas (las de a *y* a'); y la sub-estirpe o rama de del segundo de dichos nietos del causante (a'), ha producido por su parte dos sub-sub-estirpes o sub-ramas (las de n *y* o).

Y en cuanto se refiere a la línea colateral, cada estirpe, a su vez, está constituída por la línea a cuya cabeza se encuentra un hermano del causante (el cual hermano es el representado); y como en ella el derecho de representación sucesoral sólo funciona respecto de los hijos de los hermanos del causante (art. 817 CC), no existe en la misma la posibilidad de sub-estirpes o ramas.

*Ejemplo 2 (línea colateral):*




En el ejemplo propuesto, el causante (X) fallece sin dejar descendientes ni ascendientes; tuvo tres hermanos (A, B *y* C), de los cuales el segundo y el tercero (B *y* C) habían fallecido (+) para la fecha de apertura de la sucesión. El segundo de los hermanos (B), dejó dos hijos (b *y* b'), sobrinos del causante; y el tercero de los hermanos (C), dejó tres hijos (c, c' *y* c''), también sobrinos del causante. En dicho ejemplo, pues, existen tres estirpes: las de cada uno de los hermanos (A, B *y* C) del causante.

De acuerdo con las reglas contenidas en dicho art. 819 CC, la división de la herencia, cuando funciona la representación sucesoral, se hace primero por estirpes: el patrimonio se divide en tantas partes iguales cuantas estirpes haya. En segundo término, si en alguna de las estirpes se ha producido más de una rama, la parte correspondiente a esa estirpe se subdivide entonces, también por partes iguales, en tantas porciones cuantas ramas o sub-estirpes existan (y así sucesivamente, si alguna

sub-estirpe o rama ha producido por su parte más de una sub-rama o sub-sub-estirpe). Finalmente, dentro de cada estirpe (si ésta no se hubiere dividido nuevamente) o dentro de cada rama o sub-rama, (si se hubiere producido alguna nueva división), se subdivide la respectiva porción por cabezas, es decir, en tantas partes iguales cuantas sean las personas que integran dicha estirpe, rama o sub-rama, según el caso.

Apliquemos lo que acabamos de decir a los dos ejemplos antes propuestos.

Ejemplo 1 (representación en línea recta descendente).

*Paso I*): Se divide la herencia en tantas partes cuantas estirpes hay; como existen tres (3) estirpes, las de los hijos (A, B y C) que tuvo el causante (X), la herencia se divide en tres tercios (1/3 + 1/3 + 1/3) y se asigna uno de ellos a cada estirpe; como la estirpe del segundo hijo (B) está integrada por ese mismo hijo (que concurre a la sucesión de su padre por derecho propio), corresponde a él un tercio (1/3) de la herencia.- *Paso II*): La estirpe del tercer hijo (C) del causante, está integrada por los dos (2) hijos (c *y* c') de aquél y nietos de éste y como no se ha subdividido, el tercio (1/3) de herencia asignado a la misma, se distribuye por partes iguales entre dichos nietos (c *y* c') del causante, que concurren a la herencia en representación de su padre (C), tomando entonces cada uno, una sexta parte (1/6) de la herencia.- *Paso III*): En cambio, la estirpe del primer hijo (A) del causante, ha producido dos (2) ramas o sub-estirpes, las de los hijos (a *y* a') de dicho primer hijo del causante y nietos de éste, razón por la cual es preciso dividir nuevamente el tercio (1/3) de herencia correspondiente a esta estirpe, en dos (2) partes iguales, una para cada rama o sub-estirpe [en consecuencia, toca a cada una de éstas, una sexta parte (1/6) de la herencia]; en razón de que la rama o sub-estirpe del primer nieto (a) está integrada únicamente por un hijo del mismo (m) y biznieto del causante, que concurre a la sucesión del bisabuelo en representación de su padre (a) y de su abuelo (A), corresponde al mismo la sexta parte (1/6) de la herencia perteneciente a esa rama; por el contrario, como la rama o sub-estirpe del segundo nieto (a') ha producido a su vez dos (2) sub-ramas o sub-sub-estirpes, las de los biznietos (n y o) del causante, la sexta parte (1/6) de dicha rama debe dividirse por partes iguales entre esas dos (2) sub-ramas, lo que equivale a un doceavo (1/12) de la herencia para cada una de ellas; el primer biznieto (n) del causante, perteneciente a esta sub-rama, que concurre a la herencia en representación de su padre (a') y de su abuelo (A), toma uno de esos doceavos (1/12); el otro, finalmente, se divide en dos (2) partes iguales [cada una equivalente a un veinticuatroavo (1/24) de la herencia], que corresponden, respectivamente, a los tataranietos (r y s), quienes concurren a la herencia del tatarabuelo en representación de su padre (o), de su abuelo (a') y de su bisabuelo (A).

En resumen, la distribución de la herencia en el caso del referido ejemplo, es la siguiente:

| Heredero | Parentesco con Causante | Forma de Heredar | Cuota Hereditaria |
|---|---|---|---|
| B | hijo | derecho propio | 1/3 |
| c | nieto | representación | 1/6 |
| c' | nieto | representación | 1/6 |
| m | biznieto | representación | 1/6 |
| n | biznieto | representación | 1/12 |
| r | tataranieto | representación | 1/24 |
| s | tataranieto | representación | 1/24 |

*Ejemplo 2 (representación en línea colateral).*

*Paso I)*: Se divide la herencia en tantas partes cuantas estirpes hay; como existen tres (3) estirpes, las de los hermanos (A, B y C) que tuvo el causante (X), la herencia se divide en tres tercios (1/3 + 1/3 + 1/3) y se asigna uno de ellos a cada estirpe; como la estirpe del primer hermano (A) está integrada por él mismo (que concurre a la sucesión del hermano por derecho propio), le corresponde un tercio (1/3) de la herencia.- *Paso II)*: La estirpe del segundo hermano (B) del causante, está integrada por los dos (2) hijos (b *y* b') de aquél y sobrinos de éste, en consecuencia, el tercio (1/3) de herencia asignado a la misma, se distribuye por partes iguales entre dichos sobrinos (b y b') del causante, que concurren a la herencia en representación de su padre (B), tomando entonces cada uno, una sexta parte (1/6) del patrimonio hereditario; y como la estirpe del tercer hermano (C) del causante, está integrada por los tres (3) hijos (c, c' *y* c") de aquél y sobrinos de éste, la tercera parte (1/3) de la herencia correspondiente a ella, se divide por partes iguales entre dichos sobrinos (c, c' *y* c") del causante, que van a la herencia en representación de su padre (C), con derechos equivalentes a una novena parte (1/9) de la misma, para cada uno.

En resumen, la distribución de la herencia en el caso de este segundo ejemplo, es la siguiente:

| Heredero | Parentesco con Causante | Forma de Heredar | Cuota Hereditaria |
|---|---|---|---|
| A | hermano | derecho propio | 1/3 |
| b | sobrino | representación | 1/6 |
| b' | sobrino | representación | 1/6 |
| c | sobrino | representación | 1/9 |
| c' | sobrino | representación | 1/9 |
| c" | sobrino | representación | 1/9 |

## 17-D. Sucesión por Representación y Transmisión de Herencia (o Legado)

Para terminar de aclarar el tema de la sucesión por derecho de representación, conviene hacer una rápida comparación entre esa forma de suceder *ab intestato* y el instituto de la transmisión de la herencia (*supra*, nº 7-B).

Desde un punto de vista conceptual, una y otra figuras del Derecho Hereditario son radicalmente diferentes: la representación implica que para el momento de la delación de la herencia, el representado no puede recibir el llamado a ella, porque ha muerto o ha sido declarado ausente o es indigno de suceder al causante, motivo por el cual es sustituído al efecto, por el representante (arts. 814 y 820 CC); en cambio, el transmitente de una herencia (o legado), vivía y tenía capacidad para suceder al causante, en el momento de la delación –motivo por el cual el *jus delationis* ingresó a su patrimonio– pero falleció después sin haber llegado a ejercerlo, razón por la cual transmite ese derecho a su propio heredero (art. 1.007 CC).

De lo dicho deriva una serie de consecuencias, a saber:

1) Para representar no se requiere haber aceptado la herencia del representado; en cambio, a los efectos de que opere la transmisión del *jus delationis*, es indispensable que se haya aceptado la herencia del transmitente, toda vez que es allí donde se encuentra ese derecho de aceptar o repudiar la otra herencia o legado.

2) Por las mismas razones, se puede representar al representado habiendo renunciado a la herencia de éste (*supra*, nº 17-C, A, ii); pero si se renuncia a la herencia del transmitente, ya no se produce la transmisión.

3) La indignidad del representante respecto del causante, impide la representación (no así la indignidad del representante en relación con el representado, ni tampoco la éste con el causante) (*supra*, nº 17-C, A, i). Por el contrario la transmisión de la herencia (o del legado) opera aunque el beneficiario de aquélla sea indigno respecto del causante, pues dicho beneficiario se limita a ejercer un derecho que había adquirido el transmitente; en cambio, tanto la indignidad del beneficiario en relación con el transmitente, como la de éste respecto del causante, impiden la transmisión de la herencia: en aquél caso, toda vez que dicho beneficiario adolece de incapacidad para suceder a la persona en cuyo patrimonio se encuentra el *jus delationis* objeto de la transmisión; y en el segundo, puesto que si el transmitente es indigno de suceder al causante, no podría haber adquirido el *jus delationis* de la sucesión de éste.

4) Para representar es indispensable ser pariente consanguíneo del representado y del causante (*supra*, nº 16). En cambio la transmisión de la herencia o del legado no implica necesariamente la existencia de un vínculo de familia entre su beneficiario, el transmitente y el causante, puesto que el transmitente puede haber adquirido el *jus delationis* por testamento; y, de la misma manera, el beneficiario puede haber sido

llamado a la sucesión del transmitente por acto de última voluntad dejado por éste (ya que para suceder testamentariamente no se necesita ser familiar del causante).

## 17-E. Representación en la Sucesión Testamentaria

Aunque la sucesión por derecho de representación es una institución típica y característica de la sucesión *ab intestato*, también puede funcionar –aunque no exactamente de la misma manera– en la sucesión testamentaria[32]: más adelante estudiaremos esa materia (*infra*, n° 70).

---

32 El CC italiano (ap. del art. 467) también admite la representación en la sucesión testamentaria. No así los CC de Bélgica, España, Francia, etc.

# CAPÍTULO IV

# ORDEN DE LA SUCESIÓN INTESTADA



## 18. El orden de Suceder de Manera Intestada

Ya sabemos que el CC venezolano (arts. 822-832) llama a la sucesión intestada, única y exclusivamente a cuatro *categorías* de personas, que son: los parientes consanguíneos del *de cujus* (dentro de los cuales se incluye a los adoptados y a los adoptantes en adopción actual, por mandato de los arts. 425 y 426 LOPNA); el cónyuge del difunto; sus hijos adoptados en adopción antigua; y, en defecto de todas las anteriores, el Estado. Igualmente hemos dicho con anterioridad, que las personas pertenecientes a las tres mencionadas categorías de familiares del *de cujus*, no son llamadas todas simultáneamente a la herencia *ab intestato* de éste, sino que al efecto la ley consagra un sistema bastante complejo de exclusiones y de concurrencias. Asimismo se ha indicado que cuando la ley llama a la parentela consanguínea del causante, sigue dos principios básicos y fundamentales, que son: la calidad de la línea (prevalece la línea recta descendente sobre la ascendente y ésta sobre la línea colateral) y la proximidad de grado (dentro de cada línea, el pariente de grado más próximo al *de cujus* excluye al de grado más remoto, salvo que deba funcionar la sucesión por derecho de representación); y finalmente, estamos también en cuenta de que nuestro sistema legal vigente no establece ni admite distinción alguna entre parientes legítimos y parientes extramatrimoniales de la persona de cuya sucesión se trata (arts. 234 y 826 CC) (*supra*, nos. 11 y 16 a 17-B).

En base a todo ello podemos ahora decir que se denomina orden de suceder, el sistema de concurrencias y de exclusiones consagrado por la ley, para el funciona-

miento del *jus delationis* en cada sucesión *ab intestato* específica. Dicha materia está regulada por los arts. 822-832 CC.

Al respecto debe tenerse muy en cuenta que la normativa legal aplicable al orden de suceder *ab intestato*, es –precisa y exclusivamente– la que se encuentre en vigor para la fecha de la apertura de la respectiva sucesión; independientemente de que sea o no la misma que haya existido durante la mayor parte de la vida del causante; o de que haya sido o sea modificada o alterada poco antes o después de la fecha de la muerte del mismo[1].

Por otra parte, cuando hablamos de familiares del causante, como categoría de personas llamadas a su sucesión intestada, se sobreentiende que existe la prueba del correspondiente vínculo de familia que los une al *de cujus*, puesto que de lo contrario no podría funcionar el *jus delationis* (*supra*, nº 12): así lo señala expresamente el art. 822 CC por lo que concierne al llamado que hace la ley a los hijos y demás descendientes, para suceder a los padres y otros ascendientes; y lo ratifica el art. 826 CC, por lo que respecta al llamado a los parientes consanguíneos extramatrimoniales del causante, en general. Pero es obvio que tal situación es igual, *mutatis mutandi*, en cuanto concierne a todas las demás personas con derecho a la sucesión intestada del *de cujus*.

Empero, si bien el respectivo vínculo de familia tiene que existir para la fecha de la apertura de la sucesión del causante, la prueba del mismo puede ser de fecha posterior a la de su muerte (*v.gr.*: es posible llevar a cabo el reconocimiento voluntario o judicial de un hijo extramatrimonial –que constituye la prueba de su filiación– después del fallecimiento de su padre o de su madre, tal como se prevé en los arts. 224 y 228-229 CC; y también después de la muerte del mismo hijo de quien se trate: ord. 1° del art. 198 *ejusdem*).

## 19. Categoría de parientes consanguíneos del causante

La categoría de parientes consanguíneos del *de cujus*, a los efectos del orden de la sucesión intestada, comprende cuatro clases, a saber: los *hijos y demás descendientes* del causante (matrimoniales, extramatrimoniales y adoptados en adopción actual); los *padres y demás ascendientes* del causante (matrimoniales, extramatrimoniales y adoptantes en adopción actual); *los hermanos e hijos de los hermanos* del causante (matrimoniales, extramatrimoniales y adoptados en adopción actual), pero que sólo comprende a los hijos de los hermanos cuando ellos concurren por derecho de representación; y los *otros parientes colaterales* del causante, hasta el sexto grado (matrimoniales, extramatrimoniales y resultantes de adopción actual), incluyendo a los sobrinos del *de cujus* cuando ellos concurren por derecho propio.

1 *Cas.*: M. 1922, p. 315.- Así también lo confirma el art. 87 LRPCC.

## 19-A. CLASE DE LOS HIJOS Y DEMÁS DESCENDIENTES DEL CAUSANTE

Establece el art. 822 CC, que "al padre, a la madre y a todo ascendiente, suceden sus *hijos o descendientes* cuya filiación esté legalmente comprobada": la norma se refiere y abarca a todos los hijos y demás descendientes de sangre del causante (matrimoniales y extramatrimoniales) e igualmente se extiende –de conformidad con las previsiones de los arts. 425 y 426 LOPNA– a los hijos adoptados en adopción actual y a sus respectivos descendientes de sangre (matrimoniales y extramatrimoniales) o adoptados, a su vez, en adopción actual.

La condición de los hijos y demás descendientes en la sucesión intestada de sus padres u otros ascendientes, es la siguiente:

1) Nunca son excluidos por las restantes categorías y clases de herederos legítimos; lo cual significa que siempre se hacen titulares del *jus delationis* correspondiente a dichas herencias.

2) A su vez, excluyen de la sucesión a todas las demás categorías y clases de familiares del *de cujus*, exceptuando al cónyuge de éste y a sus hijos adoptados en adopción antigua (arts. 823 y 829 CC). En consecuencia, cuando el causante ha dejado hijos u otros descendientes de sangre o por adopción actual, quedan automáticamente excluidos de la sucesión: los padres y demás ascendientes del *de cujus* (de sangre o por adopción actual) (art. 825 CC); sus hermanos (así como los hijos de dichos hermanos) (art. 825 CC); y los restantes parientes colaterales de la persona fallecida (art. 825 CC).

3) Como acabamos de indicar, los únicos familiares que pueden concurrir a la sucesión con los hijos y demás descendientes del *de cujus*, son el cónyuge de éste (art. 823 CC) y sus hijos adoptados en adopción antigua (art. 829 CC).

4) Como consecuencia del principio de la proximidad de grado, el descendiente de grado más próximo al causante, excluye al de grado más remoto, salvo que deba funcionar la sucesión por derecho de representación (art. 815 CC) (*supra*, n° 17 y sigs.); de manera que –normalmente– el hijo excluye al nieto, éste al biznieto y así sucesivamente.

5) Todos los hijos del causante (de sangre o por adopción actual), concurren a su sucesión en pie de igualdad: por tanto, no se hace entre ellos diferenciación alguna. Heredan exactamente igual los hijos de sangre y los adoptados en adopción actual; de entre los hijos de sangre, tampoco se hace distinción entre legítimos (matrimoniales) e ilegítimos (extramatrimoniales); de ser el caso de hijos nacidos de matrimonio, los derechos de cada uno son idénticos, independientemente de que todos provengan de la misma unión o de que lo sean de diferentes matrimonios del *de cujus*; cuando se trata de hijos extramatrimoniales, es indiferente que el otro progenitor de todos ellos, sea o no la misma persona; y de tratarse de adoptados en adopción actual, no se distingue si lo fueron de manera individual o conjunta, o si unos fueron adopta-

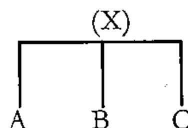
dos con anterioridad a otros (arts. 234 y 826 CC y art. 425 LOPNA). Desde luego, tampoco cabe hacer al respecto distinciones basadas en el sexo de los hijos o en la edad de ellos (*supra*, n° 11, A, *in fine*).

6) Cuando todos los hijos o ulteriores descendientes del causante van a la herencia de éste por derecho propio, la misma se divide entre ellos por cabezas, es decir, por partes iguales; pero si alguno de los descendientes concurre por derecho de representación, entonces la división de la herencia se hace por estirpes (art. 819 CC) (*supra*, n° 17-C, D).

7) Si los hijos o ulteriores descendientes del *de cujus* concurren a la herencia con el cónyuge sobreviviente del mismo, a dicho viudo o viuda corresponde una cuota hereditaria igual a la de un hijo (art. 824 CC). Y cuando los referidos hijos (de sangre o adoptados en adopción actual) o ulteriores descendientes del causante, concurren con hijos adoptados por él en adopción antigua, cada uno de esos hijos adoptivos toma una cuota hereditaria igual a la de un hijo de sangre o adoptado en adopción actual (art. 829 CC).

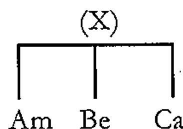
Conviene formular algunos ejemplos, para dejar aclarado lo antes dicho.

*Ejemplo I)*




El causante (X) deja tres hijos (A, B y C), siendo igual el tipo de filiación de todos ellos. En consecuencia, los tres son hijos matrimoniales; o los tres son hijos extramatrimoniales; o bien, los tres son hijos adoptados en adopción actual: como todos ellos descienden inmediatamente de un mismo tronco (X), se trata de un caso de sucesión por derecho propio (*supra*, n° 16). En esta hipótesis, pues, la herencia del causante se divide por cabezas –es decir, por partes iguales– entre sus tres hijos (A, B y C), correspondiendo a cada uno de éstos, una tercera parte (1/3) del caudal hereditario.

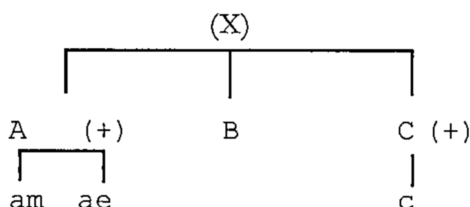
*Ejemplo II)*




El causante (X) también deja tres hijos: uno de ellos nacido de matrimonio (Am); el segundo, extramatrimonial (Be); y el último, adoptado en adopción actual (Ca). Tal como en el ejemplo precedente, se trata de un caso de sucesión por derecho propio [puesto que de hecho o por disposición legal, todos los herederos son o deben considerarse como descendientes inmediatos del mismo tronco (X)]. También en esta hipótesis la herencia del causante se divide por cabezas o por partes iguales, entre

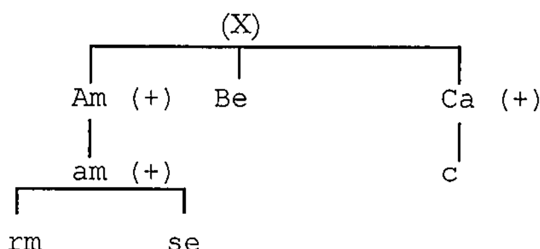
sus tres hijos (Am, Be y Ca), correspondiendo a cada uno de ellos una tercera parte (1/3) del patrimonio dejado por el *de cujus*.

*Ejemplo III)*




El causante (X) tuvo tres hijos (A, B *y* C) con igual tipo de filiación (todos eran legítimos; o todos eran extramatrimoniales; o todos eran adoptados en adopción actual). De ellos lo sobrevive el segundo (B). El primero (A), había fallecido (+) dejando un hijo legítimo (am) y otro extramatrimonial (ae), nietos del causante; el tercero (C) también había muerto (+), dejando a su vez un hijo (c), nieto del *de cujus* (siendo indiferente que dicho nieto haya o no nacido de matrimonio, o de que se trate de un adoptado en adopción actual). En este caso, el segundo hijo (B) del causante, sucede a éste por derecho propio; pero a la vez concurren los nietos del *de cujus* (am y ae, hijos de A, así como también c, hijo de C), en representación de sus respectivos progenitores (también hijos del causante) (*supra*, nos. 16 y 17-B, A). En consecuencia, la herencia se divide por partes iguales entre las tres estirpes –las de los hijos A, B y C del *de cujus*)– a razón de una tercera parte (1/3) para cada una: al segundo hijo (B), que está vivo y que concurre por derecho propio, le corresponde la tercera parte (1/3) de su estirpe. Los hijos del primer hijo del causante (a saber, am *y* ae), que representan a su padre (A), se dividen entre sí y por partes iguales, la tercera parte (1/3) de la herencia que tocaba a su estirpe, a razón de una sexta parte (1/6) para cada uno. Finalmente, al hijo del tercer hijo del causante (a saber, c), que representa a su padre (C), corresponde la restante tercera parte (1/3) perteneciente a su estirpe.

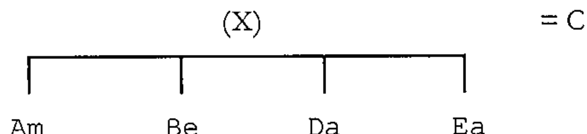
Ejemplo IV)




El causante (X) había tenido tres hijos: uno matrimonial (Am), ya fallecido (+); el segundo extramatrimonial (Be), que lo sobrevive; y el tercero, adoptado en adopción actual (Ca), también fallecido (+). El primer hijo había procreado un hijo (am), nieto del causante (X), igualmente muerto (+), pero quien dejó a su vez un hijo legítimo (rm) y otro extramatrimonial (se), ambos biznietos del causante. Por su parte, el tercer

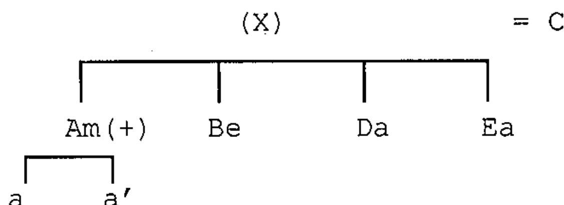
hijo (Ca), dejó un hijo (c) (siendo indiferente que el mismo sea matrimonial, extramatrimonial o adoptado en adopción actual). También en este caso, los nietos (rm y se) del primer hijo (Am) del causante, vienen a la herencia de éste en representación de su padre (am) y de su abuelo (Am); igualmente el hijo (c) del tercer hijo (Ca) del *de cujus*, es llamado a la sucesión del último en representación de su padre (Ca); y unos y otro representantes, concurren con el hijo sobreviviente del causante (Be), quien a su vez, hereda por derecho propio. La herencia, entonces, se divide por partes iguales entre las tres estirpes de los hijos del causante (a saber, Am, Be *y* Ca). La tercera parte (1/3) que toca a la estirpe del hijo sobreviviente (Be), corresponde íntegramente al mismo; la tercera parte (1/3) de la estirpe del primer hijo (Am) premuerto (+), se divide por partes iguales entre sus dos nietos (rm *y* se), a razón de una sexta parte (1/6) para cada uno; y el restante tercio (1/3) de la herencia, pasa al hijo del tercer hijo del causante (a saber, c), único integrante de esa estirpe (la de Ca).

*Ejemplo V)*




El causante (X) deja cónyuge (C) y cuatro hijos: uno matrimonial (Am), otro extramatrimonial (Be), el tercero adoptado en adopción actual (Da) y el último adoptado en adopción antigua (Ea). Todas las personas nombradas acuden a la sucesión por derecho propio, ya que los hijos (de sangre o por adopción), son o deben considerarse como descendientes inmediatos del mismo tronco (X) y el cónyuge, por su parte, cuando sucede siempre lo hace por derecho propio (*supra*, n° 16). La herencia se divide en cinco partes iguales, una para cada uno de los hijos y la restante para el cónyuge sobreviviente; de manera que dichos herederos reciben una quinta parte (1/5) del caudal hereditario, por cabeza.

*Ejemplo VI)*




El causante (X) había tenido cuatro hijos, uno matrimonial (Am) que ha premuerto (+), dejando a su vez dos hijos (a y a'), nietos de aquél; otro, extramatrimonial (Be); el tercero, adoptado en adopción actual (Da); y el cuarto adoptado en adopción antigua (Ea); también sobrevive el cónyuge (C) de dicho causante. Los nietos del *de cujus* (a *y* a') concurren a la sucesión del mismo, en representación de su padre (Am), conjuntamente con el hijo extramatrimonial (Be), el hijo adoptado en adopción actual (Da), el hijo adoptado en adopción antigua (Ea) y el cónyuge (C) del causante. La

herencia, como en el anterior ejemplo V), se divide primeramente en cinco partes iguales: uno de esos quintos (1/5) corresponde a la estirpe del hijo premuerto y se subdivide –a su vez– por partes iguales, entre los dos integrantes de ella (a y a'), a cada uno de los cuales, en consecuencia, toca una décima parte (1/10) de la herencia; y de las restantes cuatro quintas partes (4/5) del patrimonio hereditario, se asigna un quinto (1/5) por cabeza, a los hijos sobrevivientes (de sangre o por adopción, es decir, Be, Da y Ea) y al cónyuge (C) del *de cujus.*

## 19-B. Clase de los padres y demás ascendientes del causante

Según el art. 825 CC, la herencia de toda persona que fallece sin dejar hijos o descendientes, se defiere así: habiendo ascendientes y cónyuge, corresponde la mitad de la herencia a aquéllos y la otra mitad al cónyuge; y no habiendo cónyuge, la herencia corresponde íntegramente a los *ascendientes.*

A los fines de precisar el alcance exacto de esa norma, es necesario tener en cuenta que el art. 829 CC establece que en la sucesión del adoptante, sus hijos adoptivos en adopción antigua (simple) tienen los mismos derechos que los hijos de sangre o que los adoptados en adopción actual por el causante; de ahí que cuando el primeramente citado art. 825 CC alude a la persona que fallece sin dejar hijos o descendientes, se refiere al caso de que la misma no deje hijos de sangre (o descendientes de ellos), ni hijos adoptados en adopción actual (o descendientes de ellos), ni tampoco hijos adoptados en adopción antigua.

Conviene también recordar una vez más, que nos estamos ahora refiriendo a los padres y demás ascendientes *consanguíneos* del causante, motivo por el cual esta clase de sucesores si bien comprende a los padres adoptantes del causante en adopción actual y a los ascendientes de dichos adoptantes (por mandato de los arts. 425 y 426 LOPNA), en cambio no incluye al padre ni a la madre del *de cujus* por adopción antigua (quienes carecen de vocación hereditaria intestada).

La condición de los padres y demás ascendientes en la sucesión intestada de sus hijos u otros descendientes, es la siguiente:

1) Como acabamos de señalar, son excluidos por los hijos de sangre (y sus descendientes), por los hijos adoptados en adopción actual (y sus descendientes) y por los hijos adoptados en adopción antigua, del causante (arts. 822, 825 y 829 CC).

En cambio, no son excluidos por los descendientes de los hijos adoptados por el *de cujus* en adopción antigua, toda vez que no existe vínculo alguno de familia entre dichos descendientes y el causante, ni entre aquéllos y los ascendientes de éste, toda vez que la adopción antigua sólo creaba un nexo familiar sui géneris entre adoptado y adoptante, única y exclusivamente; que –por consiguiente– no se extiende a los restantes familiares de uno y otro (art. 58 de la Ley de Adopción de 1983; art. 62 de la Ley sobre Adopción de 1972; art. 256 CC original de 1942). Y no siendo tales

descendientes del adoptado en adopción antigua, miembros de la familia del causante, jamás son llamados a su sucesión intestada, que está reservada a familiares del *de cujus* (con la única excepción del Estado, que concurre en defecto de todos ellos) (*supra*, nos. 10, 11 y 17-B, *in fine*).

2) Por su parte, los padres y demás ascendientes del causante, excluyen de la sucesión de éste, a los hermanos (y a los hijos de éstos llamados por derecho de representación) (segundo ap. del art. 825 CC), así como también a los otros parientes colaterales del *de cujus* (cuarto ap. del art. 825 CC).

3) De acuerdo con lo dicho, pues, la única persona que puede concurrir a la sucesión con los padres y demás ascendientes del causante, es el cónyuge de éste (primer ap. del art. 825 CC).

4) Como consecuencia del principio de la proximidad de grado, el ascendiente de grado más cercano al causante, siempre excluye al de grado más remoto, ya que en la línea recta ascendente jamás funciona la sucesión por derecho de representación (art. 816 CC) (*supra*, n° 17-B). De ello resulta que cuando al causante lo sobrevive cualquiera de sus padres, la ley no llama sus abuelos; si los padres han premuerto, pero vive cualquiera de los abuelos del *de cujus*, no son llamados los bisabuelos de éste; y así sucesivamente.

5) Los padres u otros ascendientes (de sangre o por adopción actual) del causante, cuando son llamados a la sucesión de éste, concurren entre sí en pie de igualdad: no se hace diferenciación alguna entre los que se encuentran en el mismo grado de parentesco respecto del *de cujus*. Así, los ascendientes de sangre tienen los mismos derechos que quienes lo son como resultado de una adopción actual y viceversa; y entre los ascendientes de sangre, no se hacen distinciones entre los matrimoniales y los extramatrimoniales (art. 827 CC y arts. 425 y 426 LOPNA).

Sin embargo, en cuanto concierne a los padres extramatrimoniales del causante (y a los demás descendientes de dichos padres), debe tenerse en cuenta que el art. 219 CC dispone que "el reconocimiento que se haga de un hijo muerto no favorece como heredero al que lo reconoce, sino en el caso de que éste pruebe que aquél gozaba en vida de la posesión de estado"; previsión que ratifica el art. 827 CC y que simplemente tiene por objeto, evitar el reconocimiento *post mortem* del hijo extramatrimonial, por mero interés económico del padre o de la madre que lo efectúa[2].

6) Si de conformidad con las reglas antes expresadas, hay más de un ascendiente del causante llamado a la sucesión de éste (lo cual significa necesariamente, que todos ellos se encuentran en el mismo grado de parentesco respecto del *de cujus*), la herencia o la porción de la misma que se defiera a dichos ascendientes –según sea el caso– se divide entre los mismos por partes iguales, es decir por cabezas, sin hacer

2 Al respecto, *cfr.*: López Herrera, *op. cit.* (*Derecho de Familia*), n° 123-C, II, 3, *in fine*.

distinción alguna entre los ascendientes que lo son por línea paterna y los de la línea materna de dicho causante.

7) Cuando el ascendiente o los ascendientes del *de cujus* concurren con el cónyuge de éste, la herencia se divide en dos partes iguales: una mitad (1/2) corresponde al ascendiente o a los ascendientes y la otra mitad (1/2) al cónyuge sobreviviente (primer ap. del art. 825 CC).

8) Si el causante no deja descendencia de sangre o por adopción ni tampoco cónyuge, la herencia se defiere íntegramente a los ascendientes (primer ap. del art. 825 CC).

Creemos conveniente recapitular lo antes dicho y relacionarlo con lo que también se ha expuesto sobre la condición de los hijos y demás descendientes del causante, en la sucesión legítima de éste (*supra*, n° 19-A), a través de algunos ejemplos.

*Ejemplo I)*

```
P        =        M
 ________|________
         |
        (X)
```

El causante (X) fallece sin descendencia de sangre o por adopción y no deja cónyuge, pero le sobreviven su padre (P) y su madre (M). La herencia corresponde íntegramente a dichos dos progenitores (P y M), entre quienes se divide a razón de la mitad (1/2) para cada uno de ellos.

En el supuesto de que en ese mismo ejemplo, al causante sólo le sobreviva su padre (P) o su madre (M), la herencia corresponde íntegramente al progenitor que no haya muerto.

Ejemplo II)

```
Ap     =     Ap'           Am       =      Am' (+)
_____________              _____________________
     |                              |
     P (+)                          M
     ________________________________
                    |
                   (X)
```

El causante (X) también muere sin descendencia de sangre o por adopción y no deja cónyuge, pero le sobreviven su madre (M), sus dos abuelos paternos (Ap y Ap') y su abuelo materno (Am) [han premuerto (+) respecto del *de cujus*, su padre (P) y su abuela materna (Am)]. La herencia se defiere totalmente a la madre (M) del causante en virtud del principio de la proximidad de grado y de la regla de que en línea recta ascendente no funciona la sucesión por derecho de representación, motivos por los cuales no heredan los abuelos sobrevivientes (Ap, Ap' y Am).

*Ejemplo III)*

```
P    =    M
─────┬─────
    (X)            = C
```

El causante (X) muere sin descendencia de sangre o por adopción. Deja cónyuge (C) y ambos padres (P *y* M). La herencia se divide primeramente en dos partes iguales: una mitad (1/2) corresponde al cónyuge sobreviviente (C) y la otra, a su vez, se divide nuevamente en dos partes iguales y se asigna una de ellas a cada progenitor (P *y* M); de manera que el padre (P) recibe en definitiva una cuarta parte (1/4) de la herencia y la madre (M) recibe la cuarta parte (1/4) restante.

Dentro del mismo caso, si únicamente hubiera sobrevivido al causante uno de sus padres, además del cónyuge, la mitad (1/2) de la herencia correspondería a éste y la otra mitad (1/2) al progenitor sobreviviente.

*Ejemplo IV)*

```
Ap   =   Ap'          Am   =   Am'  (+)
─────┬─────           ─────┬─────
   P (+)                 M (+)
     ──────────┬──────────
              (X)                  = C
```

El causante (X) fallece sin descendencia de sangre o por adopción. Deja sus dos abuelos paternos (Ap *y* Ap'), padres a su vez, de su padre (P) premuerto (+); y a su abuelo materno (Am); tanto su madre (M) como su abuela materna (Am'), ya han fallecido (+); igualmente le sobrevive su cónyuge (C). La herencia se divide, en primer lugar, en dos partes iguales: una mitad (1/2) corresponde al cónyuge sobreviviente (C) y la otra mitad (1/2) se divide de nuevo en tres partes iguales (1/6 + 1/6 + 1/6) y se asigna una de ellas a cada abuelo sobreviviente (Ap, Ap' *y* Am) del causante (X), quienes reciben, en definitiva, una sexta parte (1/6) de la herencia, por cabeza.

## 19-C. Clase de los hermanos e hijos de los hermanos del causante

Dispone también el citado art. 825 CC (adminiculado con el art. 829 *ejusdem* y con el art. 426 LOPNA), que cuando el *de cujus* no deja hijos de sangre (o descendientes de éstos), ni hijos adoptados en adopción actual, ni hijos adoptados en adopción antigua, como tampoco padres (u otros ascendientes), corresponde la mitad de la herencia al cónyuge y la otra mitad a los *hermanos y los hijos de éstos que sucedan por derecho de representación*; y que si también falta el cónyuge, la herencia se defiere íntegramente a dichos *hermanos y sobrinos*.

Esta clase de parientes consanguíneos, pues, comprende a los hermanos y también a los sobrinos del causante, pero a estos últimos sólo cuando ellos suceden por derecho de representación de sus respectivos padres (hermanos del *de cujus*).

Tales sobrinos del causante llamados a la sucesión del mismo, en representación de sus padres, son los hijos de sangre (matrimoniales o extramatrimoniales) de los hermanos del *de cujus* y los hijos adoptados en adopción actual por dichos hermanos. Pero no incluyen a los hijos adoptados en adopción antigua por los hermanos del causante, ya que tales hijos adoptivos no tienen vínculo alguno de familia con el *de cujus* (art. 58 de la Ley de Adopción de 1983; art. 62 de la Ley sobre Adopción de 1972; y art. 256 CC original de 1942); requisito indispensable para el funcionamiento de la sucesión intestada (*supra*, n° 17-B, *in fine*).

En cuanto concierne a los hermanos, es necesario tener en consideración –pues como veremos poco más adelante, ello tiene relevancia jurídica en el orden de la sucesión intestada– que los mismos pueden serlo de doble o de simple conjunción: es decir, hermanos que son hijos de un mismo padre y de una misma madre (hermanos *germanos*); o que sólo tienen el mismo padre y distintas madre (hermanos *consanguíneos*); o, finalmente, que tienen una misma madre pero diferentes padres (hermanos *uterinos*). En estricto rigor técnico-jurídico, no cabe hablar de hermanos de doble conjunción, por oposición a los simples, sino cuando aquéllos descienden de una unión matrimonial, ya que sólo mediante el matrimonio de los padres entre sí, surge el vínculo simultáneo de parentesco entre el hijo, el padre y la madre; en cambio, el hijo extramatrimonial, aunque haya sido reconocido por sus dos progenitores, no tiene con ellos un vínculo simultáneo de filiación, pues su nexo con el padre es jurídicamente autónomo, independiente y separado del que tiene con la madre[3]. No obstante, en materia del orden de la sucesión *ab intestato*, la ley señala de manera expresa que existe doble conjunción en el parentesco de los hermanos entre sí, cuando ellos tienen los mismos dos progenitores, aunque se trate de hijos extramatrimoniales (art. 828 CC)[4].

La condición de los hermanos y de los hijos de los hermanos del causante, en la sucesión intestada de éste, es la siguiente:

1) Son excluidos por los hijos y ulteriores descendientes de sangre del causante (art. 825 CC), a quienes –como sabemos– se asimilan los hijos adoptados en adopción actual y sus descendientes, conforme resulta de los arts. 425 y 426 LOPNA; por los hijos adoptados en adopción antigua por el *de cujus* (art. 829 CC) (pero no por los descendientes de ellos, que no tienen vocación hereditaria intestada en la

3 Al respecto, *cfr.*: López Herrera, *op. cit.* (*Derecho de Familia*), n° 108, pp. 660-661; n° 110, p. 667; y n° 120, pp. 724-725.

4 La citada previsión del art. 828 CC vigente, constituye una modificación del régimen preexistente (art. 827 CC original de 1942), hecha por la LRPCC.

sucesión del adoptante de la persona de quien descienden: *supra*: n° 17-B, *in fine*); y por los padres y demás ascendientes del causante (de sangre o por adopción actual) (segundo ap. del art. 825 CC). En consecuencia, si sobrevive a la persona de cuya sucesión se trata cualquiera de los indicados familiares, ya no son llamados a ella sus hermanos o los hijos de éstos.

2) Los hermanos y los hijos de los hermanos del causante, únicamente excluyen de la sucesión, a los otros parientes colaterales del *de cujus* de grado más remoto (últ. ap. del art. 825 CC).

3) La única persona que puede concurrir a la sucesión junto con los hermanos o los hijos de los hermanos del causante, es el cónyuge de éste (tercer ap. del art. 825 CC).

4) Desde luego, cuando el causante deja hermanos, éstos excluyen a sus hijos (sobrinos de la persona fallecida), en virtud del principio de la proximidad de grado, salvo que tales sobrinos deban concurrir en representación de otros hermanos (premuertos, indignos o declarados ausentes) del *de cujus* (art. 817 CC) (*supra*, n° 17 y sigs.).

5) Entre los hermanos del causante (o los hijos de aquéllos cuando funciona la sucesión por derecho de representación), tampoco hace la ley diferenciación alguna basada en su condición de hijos matrimoniales, de hijos extramatrimoniales o de hijos adoptados en adopción actual (art. 827 CC y art. 426 LOPNA): todos concurren en pie de igualdad y con idénticos derechos.

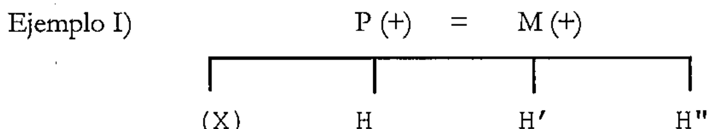
6) En cambio, la ley sí hace al respecto distinciones entre los hermanos de doble y de simple conjunción. En efecto, dispone el art. 828 CC que "cuando concurren hermanos de doble conjunción, aun cuando hayan sido concebidos y nacidos fuera del matrimonio, con hermanos de simple conjunción, a estos últimos corresponderá una cuota igual a la mitad de lo que a cada uno de aquéllos corresponda". En tales casos, pues, a los fines de determinar la cuota hereditaria que debe asignarse a cada uno de los hermanos del causante, el hermano de doble conjunción se cuenta como dos hermanos de simple conjunción..

7) Cuando los hermanos del causante (o los hijos representantes de aquéllos), concurren a la sucesión con el cónyuge sobreviviente del *de cujus*, la herencia se divide en dos partes iguales: una para el conjunto de hermanos y sobrinos del causante y la otra para el cónyuge (segundo ap. del art. 825 CC).

8) La porción de la herencia que corresponda a los hermanos (la totalidad del acervo hereditario, si únicamente concurren ellos o la mitad de dicho acervo, si los hermanos concurren con el cónyuge sobreviviente), se distribuye entre los mismos por cabezas, si todos son llamados a suceder por derecho propio. Pero cuando concurren hermanos y sobrinos (éstos en representación de sus respectivos padres, también hermanos del *de cujus*) o cuando sólo concurren sobrinos por derecho de representación, la división se hace por estirpes (art. 819 CC).

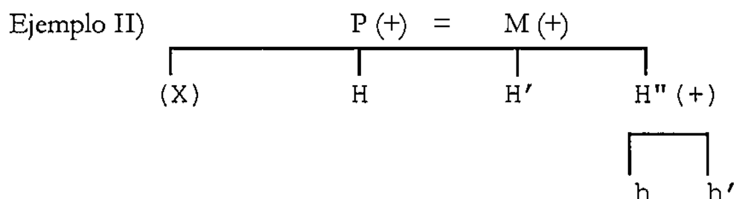
Creemos conveniente recapitular lo antes dicho y relacionarlo con lo que también se ha expuesto sobre la condición de los hijos y demás descendientes y de los padres y otros ascendientes del causante, en la sucesión legítima de éste (*supra*, n° 19-A), a través de algunos ejemplos.

Ejemplo I)



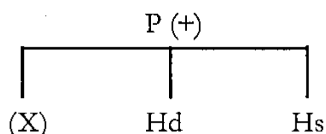

El causante (X) fallece sin descendencia de sangre o por adopción; sus padres (P y M) y demás ascendientes ya han muerto (+) y no deja cónyuge ni tampoco descendientes. Le sobreviven sus tres hermanos (H, H' *y* H"), todos hijos del mismo padre y de la misma madre (P *y* M) del *de cujus*. La herencia corresponde íntegramente a dichos tres colaterales (H, H' *y* H"), entre quienes se divide por partes iguales, a razón de una tercera parte (1/3) para cada uno, sin distinguir si son hijos matrimoniales o hijos extramatrimoniales o si alguno de ellos es adoptado en adopción actual.

Ejemplo II)



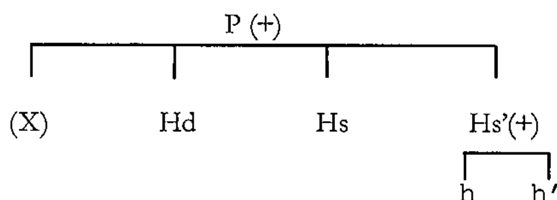

El causante (X) fallece sin descendencia de sangre o por adopción; sus padres (P *y* M) y demás ascendientes ya han muerto (+) y no deja cónyuge. Le sobreviven dos hermanos (H y H') y dos sobrinos (h *y* h'), éstos –a su vez– hijos de otro hermano (H") premuerto (+): el causante y sus tres hermanos (H, H' *y* H") eran hijos del mismo padre y de la misma madre (P *y* M). La herencia corresponde íntegramente a dichos hermanos (H *y* H') y sobrinos (h y h'); aquéllos concurren por derecho propio y éstos en representación de su padre (H") premuerto (+). La herencia se divide por partes iguales (1/3 + 1/3 + 1/3) entre las estirpes de los tres hermanos (H, H' *y* H") del *de cujus*, sin distinguir si ellos son o eran hijos matrimoniales o hijos extramatrimoniales o si alguno es o era adoptado en adopción actual. Una tercera parte (1/3) corresponde a cada hermano sobreviviente (H y H'), únicos integrantes de sus respectivas estirpes. Y la tercera parte (1/3) restante, que toca a la estirpe del hermano (H") premuerto (+), se divide a su vez en dos partes iguales (1/6 + 1/6), una para cada uno de los sobrinos (h y h') del causante, hijos de su hermano (H") premuerto (+) (igualmente sin hacer distinciones por las circunstancias de que ambos sobrinos sean a su vez hijos matrimoniales o extramatrimoniales o adoptados en adopción actual; o de que uno de ellos sea matrimonial y el otro extramatrimonial o adoptado en adopción actual).

Ejemplo III)




El causante (X) fallece sin descendencia de sangre o por adopción; sus padres y demás ascendientes ya han muerto y no deja cónyuge. Le sobreviven sus dos hermanos (Hd *y* Hs), ambos hijos del mismo padre (P), aunque la madre del *de cujus*, si bien igualmente lo era del primer hermano (Hd), no lo era del segundo (Hs). La herencia corresponde íntegramente a dichos dos colaterales (Hd *y* Hs), pero como se trata de un caso de concurrencia de hermano de doble conjunción (Hd) con hermano de simple conjunción (Hs) del causante, el hermano doble se cuenta dos veces y el hermano simple se cuenta solo una vez, razón por la cual la herencia se divide en tres partes (1/3 + 1/3 + 1/3) y se asigna así: dos terceras partes (2/3) de ella, al hermano de doble conjunción (Hd) y la tercera parte (1/3) restante, al hermano de simple conjunción (Hs), independientemente de cuál sea el tipo de filiación de dichos hermanos o del causante (matrimonial, extramatrimonial o adoptados en adopción actual).

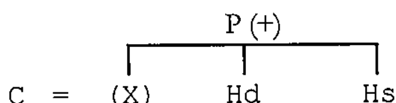
*Ejemplo IV)*




El causante (X) fallece sin descendencia de sangre o por adopción; sus padres y demás ascendientes ya han muerto; y no deja cónyuge. Le sobreviven dos hermanos (Hd *y* Hs) y dos sobrinos (h *y* h'), éstos –a su vez– hijos de otro hermano (Hs') premuerto (+): el causante y el primero de sus hermanos (Hd) tenían el mismo padre (P) mas no la misma madre que el causante (simple conjunción). La herencia corresponde íntegramente a dichos hermanos (Hd *y* Hs) y sobrinos (h *y* h'); aquéllos concurren por derecho propio y éstos en representación de su padre (Hs') premuerto (+). Por cuanto hay sucesión por derecho de representación, la herencia del *de cujus* debe dividirse por estirpes, pero como uno de los hermanos del causante es de doble conjunción y los otros dos sólo son o eran de simple conjunción, tal división no se hace por partes iguales entre las tres estirpes (las de Hd, Hs *y* Hs', respectivamente), puesto que la estirpe del hermano de doble conjunción (Hd) del causante, debe contarse dos veces, en relación con la estirpe de cada uno de sus hermanos de simple conjunción (Hs *y* Hs'): en consecuencia, la herencia se divide en cuatro partes (1/4 + 1/4 + 1/4 + 1/4). Dos cuartas partes (2/4), es decir la mitad (1/2) del patrimonio hereditario, corresponde a la estirpe del hermano de doble conjunción (Hd), integrada por él mismo; una cuarta parte (1/4), pertenece a la estirpe del hermano sobreviviente

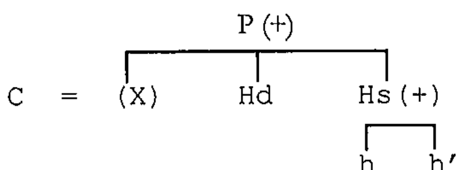
de simple conjunción (Hs), también integrada por él mismo; y la cuarta parte (1/4) restante, pasa a la estirpe del hermano premuerto (+) de simple conjunción (Hs') y se divide por partes iguales entre los integrantes de su estirpe, es decir los sobrinos (h *y* h') del causante, a razón de una octava parte (1/8) de la herencia para cada uno. Reiteramos una vez más, que a los efectos de tal distribución de la herencia, no se hace distinción alguna entre los herederos, derivada de su condición de hijos matrimoniales o extramatrimoniales o adoptados en adopción actual.

*Ejemplo V)*




El causante (X) fallece sin descendencia de sangre o por adopción; y sus padres y demás ascendientes ya han muerto. Deja cónyuge (C) y dos hermanos, uno de ellos de doble conjunción (Hd) y otro de simple conjunción (Hs). En este caso, los hermanos (Hd *y* Hs) del causante concurren a la herencia de éste con el cónyuge sobreviviente (C). Dicha herencia se divide primeramente en dos mitades (1/2 + 1/2), de las cuales una corresponde al cónyuge (C) del *de cujus* y la otra, en conjunto, a los hermanos. A su vez esta segunda mitad (1/2), se distribuye entre dichos hermanos tomando en cuenta que el de doble conjunción (Hd) se cuenta dos veces, en relación con el de simple conjunción (Hs), motivo por el cual dicha porción de la herencia se divide en tres partes iguales (1/6 + 1/6 + 1/6); se asigna entonces dos sextas partes (2/6) de la herencia al hermano de doble conjunción (Hd) y la sexta parte (1/6) restante, al hermano de simple conjunción (Hs), sin que al efecto tenga influencia alguna su condición de hijos matrimoniales o extramatrimoniales o adoptados en adopción actual.

*Ejemplo VI)*




Es el mismo caso del ejemplo V, con la sola diferencia de que el hermano de simple conjunción (Hs) del *de cujus* (X), ha premuerto dejando, a su vez, dos hijos (h *y* h'), sobrinos de dicho causante, que concurren a la herencia de éste, en representación de su padre (Hs), conjuntamente con su tío Hd y con el cónyuge (C) de la persona de cuya sucesión se trata (X). La herencia, como en el ejemplo precedente, se divide

primeramente en dos mitades (1/2 + 1/2), una de las cuales corresponde al cónyuge sobreviviente (C) y la otra, en conjunto, al hermano (Hd) y a los sobrinos (h *y* h'). A su vez, la mitad (1/2) que toca al hermano y a los sobrinos, se divide nuevamente entre las estirpes de cada uno de los hermanos (Hd *y* Hs) del causante, tomando en cuenta que la estirpe del de doble conjunción (Hd) se cuenta dos veces en relación con la del de simple conjunción (Hs), motivo por el cual dicha porción de la herencia se divide en tres partes (1/6 + 1/6 + 1/6): se asigna entonces dos sextas partes (2/6) de la herencia al hermano de doble conjunción (Hd); y la sexta parte (1/6) restante, que corresponde a la estirpe del hermano de simple conjunción (Hs), se divide por cabezas entre los integrantes de ella (h y h'), a razón de una doceava parte (1/12) de la herencia, para cada uno de ellos. Insistimos, aunque parezca tedioso, en que en lo concerniente a la determinación de las cuotas hereditarias del hermano (Hd) y de los sobrinos (h *y* h') del causante, es absolutamente irrelevante el tipo de la filiación de cada uno de ellos (matrimonial o extramatrimonial o derivada de adopción actual).

## 19-D. Clase de los otros parientes colaterales del causante

Cuando la persona de cuya sucesión se trata, fallece sin dejar hijos u otros descendientes (de sangre o por adopción actual); ni hijos adoptados en adopción antigua; ni cónyuge; ni padres u otros ascendientes (de sangre o por adopción actual); como tampoco hermanos o sobrinos (éstos, en representación de sus padres), la ley defiere la herencia a los *otros colaterales consanguíneos* de dicho causante (últ. ap. del art. 825 CC, relacionado con el art. 829 *ejusdem*).

Esta clase de parientes colaterales consanguíneos del *de cujus*, la comprenden sus *sobrinos*, cuando concurren a la sucesión por *derecho propio*[5] y los descendientes de los mismos; sus *tíos* (inmediatos o mediatos); y sus *primos* (de grado más cercano o más remoto).

La condición sucesoral intestada de dichos otros consanguíneos colaterales del causante, es la siguiente:

1) Son excluidos por todas las restantes categorías y clases de herederos legítimos; lo cual significa, como ya hemos dicho, que jamás son llamados cuando existe cualquiera de los otros familiares del causante, con vocación sucesoral *ab intestato*: hijos (u otros descendientes) de sangre o por adopción actual; hijos adoptados en adopción antigua; cónyuge; padres (u otros ascendientes) de sangre o por adopción actual; hermanos (de sangre o por adopción actual) o sobrinos (de sangre o por adopción actual), que concurran en representación de sus respectivos padres (art. 825 CC, relacionado con el art. 829 *ejusdem*).

---

5 Acabamos de señalar que, por el contrario, cuando los sobrinos del causante acuden a la herencia en representación de sus padres, figuran en la clase de los hermanos del *de cujus* (*supra*, nº 19-C).

2) No excluyen a ninguna otra categoría o clase de herederos intestados (art. 825 CC, relacionado con el art. 829 *ejusdem*).

3) Como corolario de lo dicho en los dos numerales precedentes, resulta obvio que estos otros consanguíneos colaterales del causante no concurren ni pueden concurrir con ninguna otra categoría o clase de herederos *ab intestato* (art. 825 CC, relacionado con el art. 829 *ejusdem*).

4) Cuando la ley llama a estos otros parientes colaterales del causante, el colateral o los colaterales con grado de parentesco más próximo a la persona de cuya sucesión se trata, excluyen a todos los demás parientes colaterales de grado más remoto (ord. 1° del art. 830 CC). A estos efectos se toma exclusivamente en cuenta el grado de parentesco del colateral con el causante, independientemente de que se trate de sobrinos de éste (o de descendientes de ellos), de tíos o de primos; lo cual significa que si existen varios de esos colaterales dentro del grado más próximo de parentesco respecto de la persona fallecida, todos ellos concurren aunque se trate de parientes del *de cujus* de diferentes tipos[6].

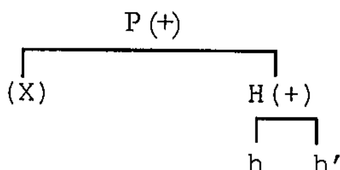
5) Carece de toda relevancia la circunstancia de que se trate de colaterales de doble o de simple conjunción respecto del causante: unos y otros gozan de idénticos derechos (art. 831 CC).

6) La vocación hereditaria intestada de estos otros colaterales consanguíneos del causante, a quienes estamos haciendo referencia, únicamente llega hasta el sexto grado, inclusive (ord. 2° del art. 830 CC).

7) Cuando dentro del grado de parentesco más próximo al *de cujus*, existe más de un colateral consanguíneo, la herencia corresponde a todos ellos por partes iguales, sin que al respecto pueda hacerse diferenciación alguna en razón de que se trate de parientes matrimoniales o extramatrimoniales o resultantes de adopción actual (art. 827 CC y art. 426 LOPNA).

Valgámonos de algunos ejemplos para aclarar lo antes expuesto.

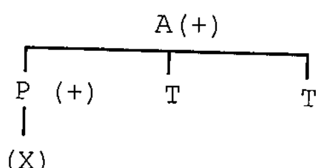
*Ejemplo I)*




6 Para evitar confusiones respecto de los grados del parentesco en línea colateral (arts. 38 y 39 CC), recordamos que tanto los tíos inmediatos (hermano del padre o de la madre de determinada persona) como los sobrinos inmediatos (hijo del hermano o de la hermana de determinada persona), son entre ellos consanguíneos colaterales de *tercer grado*; y que los primos hermanos (hijos de un hermano respecto de los hijos de otro hermano), son entre ellos consanguíneos colaterales de *cuarto grado*.

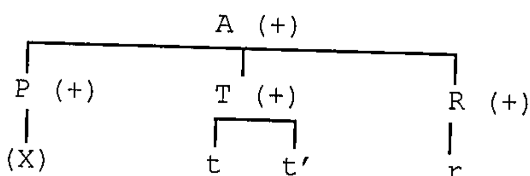
El causante (X) fallece sin dejar descendencia de sangre o por adopción actual, ni hijos adoptados en adopción antigua, ni cónyuge, ni ascendientes, ni hermanos. Sus familiares más cercanos son dos sobrinos (h *y* h'), hijos –a su vez– de un hermano (H) premuerto (+) de dicho causante. Esos sobrinos (h *y* h') suceden por derecho propio a su tío (X), por cuanto todos ellos descienden inmediatamente del mismo autor común (H). De manera que la herencia del *de cujus* se divide por partes iguales entre sus sobrinos (h y h'), correspondiendo a cada uno la mitad (1/2) de la misma.

*Ejemplo II)*



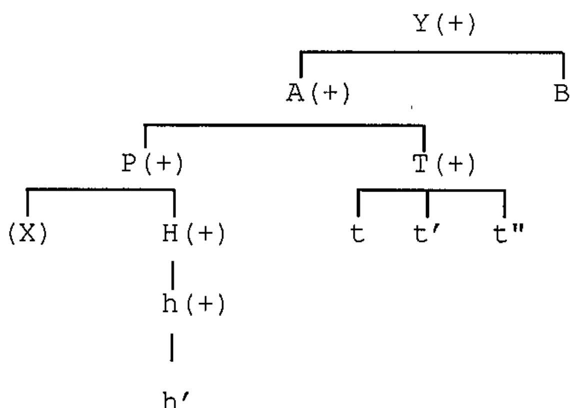

El causante (X) fallece sin dejar descendencia (de sangre o por adopción actual), ni hijos adoptados en adopción antigua, ni cónyuge, ni ascendientes, ni hermanos. Sus familiares más próximos son dos tíos (T *y* T), hermanos de su padre (P) premuerto (+). La herencia del causante corresponde a dichos tíos y se divide entre ellos por partes iguales, correspondiendo la mitad (1/2) a cada uno.

Ejemplo III)




El causante (X) fallece sin dejar descendencia (de sangre o por adopción actual), ni hijos adoptados en adopción antigua, ni cónyuge, ni ascendientes, ni tampoco hermanos. Sus familiares más próximos son tres primos hermanos: dos de ellos (t *y* t'), hijos de un tío (T) premuerto (+) del causante; el tercero (r), hijo de otro tío (R) también premuerto (+) del causante. La herencia corresponde a dichos tres primos (t, t' *y* r) y se divide entre ellos por partes iguales, correspondiendo a cada uno una tercera parte (1/3).

*Ejemplo IV)*




El causante (X) fallece sin dejar descendencia (de sangre o por adopción actual), ni hijos adoptados en adopción antigua, ni cónyuge, ni ascendientes y tampoco hermanos. Sus familiares más próximos son: un tío abuelo (B), hermano de su abuelo (A) premuerto (+); tres primos hermanos (t, t' *y* t"), hijos de su tío (T) premuerto (+) y a su vez hermano de su padre (P) igualmente premuerto (+); y un sobrino nieto (h'), hijo de un sobrino (h) premuerto (+), quien a su vez, era hijo de un hermano (H) también ya fallecido (+) del *de cujus*. Tanto el tío abuelo (B), como los primos hermanos (t, t' *y* t") y el sobrino nieto (h') del causante, son colaterales consanguíneos del mismo, en cuarto grado de parentesco: en consecuencia, todos ellos concurren simultáneamente y –a la vez– excluyen a los colaterales de grado más lejano. La herencia se divide por cabezas entre las cinco personas indicadas, correspondiendo a cada una de ellas una quinta parte (1/5) de la misma.

Cabe reiterar que en todos los ejemplos antes propuestos, es indiferente que los colaterales llamados a la herencia del causante, sean respecto de él, parientes matrimoniales o extramatrimoniales o resultante de adopción actual; es igualmente indiferente que su parentesco con el *de cujus* sea de doble o de simple conjunción.

## 20. Categoría de cónyuge

El art. 823 CC señala que "el matrimonio crea derechos sucesorios para el cónyuge de la persona de cuya sucesión se trate". Como anteriormente indicamos, tales derechos presuponen la existencia de un matrimonio válido, para la fecha de apertura de la sucesión del causante; por otra parte, el mismo art. 823 CC condiciona la vocación hereditaria intestada del esposo o esposa sobreviviente, a la circunstancia de que no haya entonces separación de cuerpos y de bienes entre él o ella y el *de cujus* (*supra*, n° 11, B). Cabe por otra parte recordar, que la reconciliación de los esposos deja sin efectos la separación de cuerpos (ap. del art. 194 y art. 823 CC).

La condición sucesoral del cónyuge de la persona que fallece, es la que a continuación se indica:

1) Jamás es excluido por las otras categorías o clases de herederos *ab intestato*, lo cual significa que siempre adquiere el *jus delationis* en la herencia que deja su esposo o esposa.

2) Por su parte, el cónyuge sobreviviente excluye de la sucesión a todos los familiares consanguíneos que integran la clase de otros parientes colaterales del causante (colaterales diferentes de los hermanos del *de cujus* y de los sobrinos de éste cuando ellos concurren en representación de sus respectivos padres) (últ. ap. del art. 825 CC).

3) El cónyuge del causante puede concurrir a su sucesión intestada, con las siguientes categorías y clases familiares de aquél: sus hijos y demás descendientes de sangre o por adopción actual (art. 824 CC); sus hijos adoptados en adopción antigua (art. 829 CC); sus padres y demás ascendientes (de sangre o por adopción actual) (primer ap. del art. 825 CC); y sus hermanos y los hijos de éstos (cuando concurren a la herencia por derecho de representación) (segundo ap. del art. 825 CC). Como consecuencia de lo antes dicho, a falta de todos otros familiares del causante, la herencia corresponde íntegramente al cónyuge sobreviviente (penúlt. ap. del art. 825 CC).

4) Cundo el cónyuge sobreviviente concurre con los hijos o ulteriores descendientes (de sangre o por adopción actual) del causante, o con hijos adoptados por éste en adopción antigua, le corresponde una cuota hereditaria igual a la de un hijo.

5) Si concurre con los ascendientes (de sangre o por adopción actual) del *de cujus* o con los hermanos del difunto (o los hijos de ellos que sucedan por derecho de representación), siempre corresponde al cónyuge una cuota equivalente a la mitad de la herencia (segundo y tercer aps. del art. 825 CC).

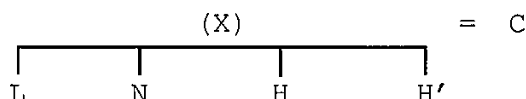
6) Es necesario tener en cuenta, que en adición a los derechos hereditarios que corresponden al cónyuge sobreviviente en la sucesión intestada de su esposo o esposa, cuando el respectivo régimen patrimonial matrimonial que existía entre ellos era el legal supletorio de comunidad de gananciales, dicho cónyuge tiene además derecho a la mitad de los bienes que integraban esa comunidad para la fecha de su disolución por la muerte del otro esposo o esposa; aunque no ya a título de herencia, sino como consecuencia de tal disolución de comunidad (art. 173 CĆ, referido al art. 184 *ejusdem*)[7].

---

7 Al respecto, *cfr.*: López Herrera, *op. cit.* (*Derecho de Familia*), nos. 90 a 90-B, pp.510-518.
De manera pues que es completamente errónea la creencia del público en general, muy arraigada en nuestro medio, según la cual los derechos hereditarios *ab intestato* del cónyuge sobreviviente, equivalen siempre a "la mitad de la herencia más una parte igual a la de un hijo". En efecto, como hemos tenido oportunidad de señalar: i. Si el causante no deja descendencia (de sangre o por adopción actual), ni hijos adoptados en adopción antigua, ni ascendientes (de sangre o por adopción actual), ni hermanos o hijos de éstos que sucedan por derecho de representación, la herencia en cuestión *corresponde íntegramente al esposo o esposa.* ii) Cuando el *de cujus* no deja descendencia (de sangre

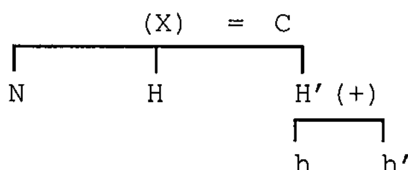
Pasamos a presentar algunos ejemplos para aclarar lo que acabamos de exponer.

*Ejemplo I)*




El causante (X) fallece dejando cónyuge (C), con quien tiene dos hijos (H y H'), siendo indiferente que los mismos sean de sangre o por adopción actual o por adopción antigua; deja además otro hijo habido en matrimonio anterior (L); y un hijo extramatrimonial (N). Su herencia se divide en cinco partes iguales (1/5 + 1/5 + 1/5 + 1/5 + 1/5), de las cuales una corresponde a cada uno de los hijos (matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos) del causante (L, N, H y H') y la restante al cónyuge sobreviviente (C) del mismo.

Ejemplo II)




El causante (X) fallece Dejando cónyuge (C), con la cual tuvo dos hijos, uno de los cuales (H) sobrevive y el otro (H') ha premuerto (+), dejando a su vez dos hijos (h *y* h'), nietos del *de cujus*; éste, además. Deja un hijo extramatrimonial (N). El cónyuge (C), el hijo matrimonial (H) y el hijo extramatrimonial (N), concurren por derecho

---

o por adopción actual) ni hijos adoptados en adopción antigua, pero sí ascendientes (de sangre o por adopción actual), o hermanos (o hijos de ellos que concurran por derecho de representación), *corresponde la mitad de la herencia a su esposo o esposa.* iii) Por último, si el cónyuge concurre con hijos de sangre o con hijos adoptados por el causante en adopción actual (o con descendientes de hijos de sangre o adoptados en adopción actual por el *de cujus*), los derechos sucesorales de dicho esposo o esposa, *equivalen a los que corresponden o corresponderían a uno de los hijos, pero no más* (de manera que en ninguno de los casos señalados –que son todos los que pueden plantearse de hecho– los derechos hereditarios del cónyuge equivalen a "la mitad de la herencia más una parte igual a la de un hijo").

La referida creencia popular, pues, por una parte confunde reglas concernientes a la sucesión intestada con normas relativas a la disolución de la comunidad conyugal de gananciales (la supuesta "mitad" de la herencia, sería en realidad la mitad de los bienes que integran dicha comunidad); y además, las aplica mal. En efecto, el cónyuge sobreviviente tiene siempre derecho a la mitad de los bienes comunes, como consecuencia de la disolución de la comunidad conyugal, independientemente de que la esposa o el esposo fallecido haya o no dejado hijos u otros descendientes; y por otra, dicha mitad de los bienes comunes no comprende ni incluye participación alguna en los bienes propios del cónyuge que ha muerto (en cambio, la herencia que deja éste, está integrada por la totalidad de sus bienes propios más la mitad que le corresponde sobre los bienes de la disuelta comunidad de gananciales). Obsérvese, por lo demás, que lo señalado en el párrafo precedente *únicamente tiene sentido y aplicación cuando el régimen patrimonial matrimonial de los esposos era el de la comunidad de gananciales.*

propio a la sucesión del causante (X); los dos nietos (h y h') del mismo, concurren en representación del hijo (H') premuerto (+). La herencia se divide en cuatro partes iguales (1/4 + 1/4 + 1/4 + 1/4): se asigna una de dichas cuartas partes (1/4) a cada uno de los herederos que concurren por derecho propio, es decir, al cónyuge (C), al hijo matrimonial sobreviviente (H) y al hijo extramatrimonial (N); la cuarta parte (1/4) restante corresponde a la estirpe del hijo matrimonial premuerto (H') y por consiguiente, se divide de por mitad entre sus dos integrantes (h *y* h'), nietos del causante, de ahí que a cada uno de los cuales corresponde una octava parte (1/8) de la sucesión.

*Ejemplo III)*

```
P          =          M
──────────┬──────────
          (X)                =     C
```

El causante (X) fallece sin dejar descendencia (de sangre o por adopción actual) ni hijos adoptivos en adopción antigua. Le sobreviven su cónyuge (C), su padre (P) y su madre (M). La herencia se divide primeramente en dos mitades (1/2 + 1/2), una de las cuales se asigna al cónyuge sobreviviente (C); la otra mitad se distribuye por partes iguales, entre los dos padres de sangre (P *y* M) del causante, de manera que cada uno de ellos recibe una cuarta parte (1/4) de la herencia.

*Ejemplo IV)*

```
               A        =        A'
               ──────────┬──────────
                         P (+)   =   M (+)
                         ──────────┬──────────
        C        =                (X)
```

El causante (X) fallece sin dejar descendencia de sangre (o por adopción actual), ni hijos adoptados en adopción antigua; sus padres (P *y* M) fallecieron (+) antes que él; le sobreviven su cónyuge (C) y sus dos abuelos paternos (A *y* A'). En primer término, la herencia se divide en dos mitades (1/2 + 1/2), de las cuales una corresponde al cónyuge sobreviviente; la otra, a su vez, se distribuye por partes iguales entre los dos abuelos, tocando a cada uno de éstos una cuarta parte (1/4) de la herencia.

*Ejemplo V)*

```
              P (+)       =       M (+)
              ┌───────────────────┐
   C    =     (X)                 Hm    Hn
```

El causante (X) fallece sin dejar descendencia (de sangre o por adopción actual), ni adoptados en adopción antigua. Le sobreviven: su cónyuge (C), un hermano matrimonial de doble conjunción (Hm) y un hermano extramatrimonial (Hn), que por consiguiente lo es de simple conjunción. La herencia se divide primero en dos mitades (1/2 + 1/2), una de las cuales corresponde al cónyuge (C); y la otra mitad se divide en tres parte iguales (1/6 + 1/6 + 1/6), de las cuales se asignan dos (2/6) al hermano de doble conjunción (matrimonial) y la restante (1/6) al hermano de simple conjunción (extramatrimonial)[8].

## 21. Categoría de hijos adoptivos (en adopción antigua)

Para iniciar este punto, debemos recordar que cuando ahora hablamos de hijos adoptivos, como categoría de sucesores *ab intestato*, estamos haciendo alusión –única y exclusivamente– a los adoptados en adopción antigua, puesto que los adoptados en adopción actual pertenecen a la categoría de parientes consanguíneos, en virtud de la asimilación que al respecto consagra el art. 425 LOPNA (*supra*, n° 11, C).

Dispone el art. 829 CC: "Los *hijos adoptivos en adopción simple* [es decir, antigua] tienen, en la herencia del adoptante o adoptantes, los mismos derechos que los otros hijos".

En consecuencia, la condición del adoptado en adopción antigua en la sucesión de su adoptante (o de cualquiera de sus adoptantes, si tiene padre y madre por adopción), es exactamente igual a la de un hijo de sangre (matrimonial o extramatrimonial o por adopción actual del causante). Por lo tanto, remitimos al lector a lo ya expuesto sobre ese particular con anterioridad (*supra*, n° 19-A).

---

8 En el supuesto de que el PLPF antes aludido [*supra*, nota (8A) del Capítulo II y n° 11, B (*in fine*)] sea aprobado de acuerdo con su indicado texto original, cuanto hemos expuesto y continuaremos haciéndolo en este Capítulo, respecto de los derechos del cónyuge en la sucesión intestada del otro esposo fallecido, sería también aplicable al conviviente estable de hecho, respecto de la sucesión intestada de su pareja que ha muerto, si tal unión estable de hecho está debidamente legalizada y registrada.
Pero en ese caso surgiría un problema adicional, si el conviviente que fallece deja además cónyuge sobreviviente no separado de cuerpos y de bienes (situación que podría plantearse en los casos de convivencia estable no matrimonial, a que se refiere el art. 41 PLPF). Cabría entonces preguntar si en esa hipótesis tendrían derechos hereditarios tanto el cónyuge como también el conviviente sobrevivientes.
Lo cierto es que nuestro sistema sucesoral *ab intestato* -como el de la generalidad de las legislaciones del mundo occidental- está concebido, organizado y establecido en base al supuesto de hecho de que el causante no puede dejar sino un cónyuge sobreviviente; de manera que cuando por razones políticas, sociales o de cualquier otra naturaleza, se aspira a crear figuras paraconyugales al lado de las conyugales, se produce una situación que contraría todo ese sistema y que no puede resolverse de manera lógica, sino que requiere para ello una norma legal complementaria que lo haga.

Nos limitaremos a hacer aquí ciertas consideraciones adicionales.

En primer lugar cabe observar que si bien la clase de hijos de sangre (o por adopción actual) del *de cujus*, comprende y se extiende, además, a los otros descendientes (de sangre o por adopción actual) de dichos hijos, ello no sucede en cuanto concierne al adoptado en adopción antigua. La condición hereditaria intestada de la persona así adoptada no se extiende a sus descendientes de sangre o por adopción actual ni a sus hijos adoptados en adopción antigua (o los descendientes de éstos).

Y tiene que ser así, puesto que la sucesión intestada sólo funciona entre familiares del causante (excepción hecha de los derechos sucesorales que corresponden al Estado) (*supra*, nos. 10, 11 y 17-B, *in fine*) y los hijos (de sangre, por adopción actual o por adopción antigua) y ulteriores descendientes del adoptado en adopción antigua, no tienen vínculo alguno de familia con el padre o la madre adoptante de éste.

Por consiguiente, los hijos de sangre, por adopción actual o por adopción antigua (y sus respectivos ulteriores descendientes) del hijo adoptado en adopción antigua, jamás suceden *ab intestato* al adoptante de dicho adoptado, por derecho propio ni por derecho de representación.

En segundo lugar, debe tenerse presente que el adoptado en adopción antigua, conserva todos sus derechos sucesorales *ab intestato* respecto de los miembros de su familia de sangre (art. 256 del CC original de 1942; art. 63 de la Ley sobre Adopción de 1972; art. 59 de la Ley de Adopción de 1983).

## 22. Recapitulación

Para mayor claridad, creemos conveniente repasar, relacionar y sintetizar todo lo anteriormente expuesto en el presente Capítulo.

I. Supongamos que fallece intestada una persona que deja familiares comprendidos en todas las categorías y clases de personas con vocación hereditaria, a saber: (a) hijos de sangre (matrimoniales o extramatrimoniales), o por adopción actual y descendientes de ellos (de sangre o por adopción actual); (b) hijos adoptados en adopción antigua; (c) cónyuge; (d) padres y demás ascendientes de sangre (matrimoniales o extramatrimoniales) o por adopción actual; (e) hermanos (matrimoniales o extramatrimoniales o adoptados en adopción actual e hijos de ellos); y (f) otros colaterales consanguíneos (matrimoniales o extramatrimoniales) dentro del sexto grado de parentesco. ¿Cómo se distribuye su herencia?

La circunstancia de que el causante deje hijos (de sangre o por adopción actual o por adopción antigua) u otros descendientes (de sangre o por adopción actual), determina automáticamente la exclusión de dicha herencia de todos los demás familiares del *de cujus*, exceptuando únicamente al cónyuge de éste (*supra*, nos. 19-A, 2 y 21).

En tal caso, por consiguiente, la herencia corresponde a dichos hijos de sangre o por adopción actual (o a los ulteriores descendientes de ellos que fueren llamados a representarlos), a los adoptados en adopción antigua y al cónyuge sobreviviente. Si todos los llamados lo son por derecho propio, la sucesión se distribuye por partes iguales (es decir, por cabezas) entre dichos hijos (de sangre o por adopción actual), adoptados en adopción antigua y cónyuge. Si alguno de los hijos (de sangre o por adopción actual) del causante ha muerto, fuere indigno o hubiese sido declarado ausente, sus hijos (o ulteriores descendientes) son llamados a representarlos y, en tal caso, la herencia se divide por estirpes (contándose como una estirpe, además de cada uno de los hijos que tuvo el causante, a cada adoptado en adopción antigua) y al cónyuge sobreviviente.

Si en el mismo caso no hubiere hijos adoptados en adopción antigua, la herencia se distribuye entre los hijos de sangre o por adopción actual y el cónyuge. Caso de que no exista cónyuge, la sucesión se defiere a los hijos de sangre o por adopción actual y a los adoptados en adopción antigua. Si no hay adoptados en adopción antigua ni cónyuge, la herencia se distribuye exclusivamente entre los hijos de sangre o adoptados en adopción actual. Si faltan tanto los hijos de sangre o adoptados en adopción actual como el cónyuge, la herencia toca a los adoptados en adopción antigua. Por último, si no existen hijos de sangre o por adopción actual, ni adoptados en adopción antigua, la herencia corresponde entonces al cónyuge y a otros familiares del causante, como veremos a continuación.

II. Veamos ahora la distribución de la herencia, cuando el causante no deja *hijos de sangre o por adopción actual (ni descendientes de ellos)*, como tampoco *hijos adoptados en adopción antigua*, pero sí los siguientes familiares: (a) cónyuge; (b) padres de sangre (matrimoniales o extramatrimoniales) o por adopción actual, u otros ascendientes (de sangre o por adopción actual); (c) hermanos (matrimoniales o extramatrimoniales o adoptados en adopción actual) e hijos de ellos; y (d) otros colaterales consanguíneos (matrimoniales o extramatrimoniales o adoptados en adopción actual), dentro del sexto grado de parentesco.

Los padres y otros ascendientes (de sangre o por adopción actual), excluyen tanto a los hermanos e hijos de éstos, como también a los otros colaterales consanguíneos del *de cujus* (*supra*, n° 19-B, 2). Por consiguiente, en esa segunda hipótesis sólo concurren el cónyuge y dichos padres u otros ascendientes (de sangre o por adopción actual).

La mitad (1/2) de la herencia toca al cónyuge sobreviviente y la otra mitad (1/2) corresponde a los padres u otros ascendientes. Si hubiere más de un ascendiente, dicha segunda mitad de la herencia se distribuye por cabezas entre los que se encuentren en grado más próximo de parentesco respecto del causante.

Caso de que tampoco exista cónyuge del *de cujus*, la sucesión de éste corresponde íntegramente a los padres y demás ascendientes de sangre o por adopción actual: pero

siempre en el entendido de que los de grado de parentesco más próximo al causante, excluyen a los de grado más remoto; y de que cuando hay más de un ascendiente dentro del mismo grado de parentesco más próximo en relación con el *de cujus*, la herencia se distribuye entre ellos por partes iguales.

Y si el causante no deja padres ni otros ascendientes de sangre o por adopción actual, pero sí sobrevive su cónyuge, la herencia pasa a éste y a otros familiares de aquél, como veremos de seguidas.

III. La tercera hipótesis corresponde al caso de que el causante no deje *hijos de sangre ni por adopción actual (o descendientes de ellos), ni hijos adoptados en adopción antigua, como tampoco padres u otros ascendientes de sangre o por adopción actual,* pero sí le sobreviven los siguientes familiares: (a) cónyuge; (b) hermanos (matrimoniales o extramatrimoniales o adoptados en adopción actual) o hijos de ellos llamados en su representación; y (c) otros colaterales consanguíneos (matrimoniales, extramatrimoniales o adoptados en adopción actual), dentro del sexto grado de parentesco.

En dichos supuestos, tanto el cónyuge –por su parte– como también los hermanos de sangre o por adopción actual del causante (o los hijos de dichos hermanos que concurran por derecho de representación), excluyen a los otros parientes colaterales consanguíneos del causante de grado más remoto (*supra*, nos. 20, 2 y 19-C, 2). En consecuencia, en la hipótesis a que ahora nos referimos, solamente pueden concurrir a la herencia, el cónyuge y los hermanos del *de cujus* (o los sobrinos de éste, representando a sus respectivos padres), sin hacer distinciones entre quienes sean de filiación matrimonial o de filiación extramatrimonial o de filiación derivada de adopción actual.

La ley asigna al cónyuge sobreviviente, la mitad de la herencia; y la otra mitad, a los hermanos del causante y a los hijos de ellos que acuden por derecho de representación. Si no hubiere sobrinos, sino únicamente hermanos de la persona fallecida, la porción de la herencia que les corresponde se subdivide entre ellos por cabezas; y de concurrir sobrinos en representación de sus respectivos padres (hermanos del *de cujus*), dicha porción hereditaria se subdivide por estirpes. Cabe aquí recordar además, que cuando se trata de hermanos de padre y madre, que concurren con hermanos de solo padre o de solo madre, corresponde a los de doble conjunción una cuota doble de la que toca a los simples (*supra*, n° 19-C, 6).

Si en esta hipótesis faltare el cónyuge, la totalidad de la herencia corresponde a los hermanos del causante (y a los sobrinos de ellos que los representen, si fuere el caso); y si no hubiere hermanos ni sobrinos representantes de ellos, la sucesión toca íntegramente al cónyuge sobreviviente.

IV. En caso de que el *de cujus* no deje *hijos de sangre o por adopción actual (o descendientes de ellos)*, ni *hijos adoptados en adopción antigua*, ni *padres u otros ascendientes de sangre o por adopción actual*, ni *cónyuge*, ni tampoco *hermanos de sangre o por adopción actual (o hijos de éstos*

*llamados a su representación)*; pero sí otros colaterales consanguíneos (matrimoniales o extramatrimoniales) o cuya vinculación familiar derive de adopción actual), dentro del sexto grado de parentesco (incluyendo a sobrinos llamados a suceder por derecho propio), la herencia se defiere en favor de dichos colaterales. Pero en tales casos, los de grado de parentesco más próximo al causante, excluyen siempre a todos los de grado más remoto; y si hay más de un pariente colateral dentro de dicho grado más próximo, la herencia se divide entre todos ellos por cabezas.

---

Lo expuesto anteriormente en relación con los derechos sucesorios *ab intestato* de los familiares del causante (*supra* nos. 19, 19-A, 19-B, 19-C, 19-D), ha quedado radicalmente modificado en lo tocante a las *tierras que adjudique el Instituto Nacional de Tierras* a particulares, de conformidad con lo previsto en el Decreto con fuerza de Ley de Tierras y Desarrolo Agrario, de 9 de noviembre de 2001.

En efecto, dicho Decreto Ley dispone, entre otas cosas, que la titularidad de esas tierras –que en realidad no comprende su propiedad sino sólo el usufructo de las mismas (arts. 12 y 67)-- únicamente pasa por causa de muerte, a los *descendientes* (matrimoniales, extramatrimoniales, por adopción actual y por adopción antigua) del adjudicatario o en defecto de ellos, a los *colaterales* del difunto. De manera que al respecto y por lo que concierne a los aludidos derechos, quedan siempre excluidos tanto el cónyuge como igualmente los ascendientes del *de cujus* (y ello a pesar de que tanto el esposo sobreviviente como los ascendientes, son herederos legitimarios del causante: art. 883 CC; *supra*, no. 43).

## 23. Categoría del Estado (Reenvío)

Establece el art. 832 CC, que "a falta de todos los herederos *ab intestato* designados en los artículos precedentes [arts. 822-831], los bienes del *de cujus* pasan a la Nación, previo el pago de las obligaciones insolutas".

En relación con esta materia, nada tenemos que agregar a lo ya expuesto con anterioridad (*supra*, n° 11, D).

# SUCESIÓN TESTAMENTARIA

# CAPÍTULO V

# SUCESIÓN TESTAMENTARIA



## 24. Fundamento de la Sucesión Testamentaria

Conforme antes hemos indicado, ciertos pueblos de la antigüedad, como es el caso de los germanos, sólo conocieron originalmente la sucesión intestada; y otros, como los romanos, que utilizaron el testamento casi desde su aparición en la Historia, parece que en un principio únicamente tuvieron la sucesión *ab intestato* (*supra*, nos. 9 y 10)[1].

Aparentemente, pues, el derecho de disponer por testamento es una creación del derecho positivo.

Su fundamento lo constituye el principio de la autonomía de la voluntad para la transmisión del patrimonio por causa de muerte, que incluso priva sobre la correspondiente normativa legal (ap. del art. 807 CC), ya que las reglas concernientes al orden de suceder *ab intestato*, no constituyen –en términos generales– materia de orden público, excepción hecha de la institución de la legítima (*supra*, nos. 5, A y 8, *in fine*).

Por lo demás, dicho principio de la autonomía de la voluntad en materia sucesoral, se explica –a su vez– primeramente, por razones de consideración y de respeto a la voluntad paterna; también, por constituir un estímulo al ahorro por parte de personas carentes de familiares cercanos; y, finalmente, por ser un medio para lograr resultados socialmente interesantes, ya que suele utilizarse para desarrollar actividades benéficas, culturales, científicas, etc.

---

1 Al respecto, *cfr.*: Fustel de Coulanges, *op. cit.*, pp. 107 y 117-120; de Francisci, *op. cit.*, pp. 165-168; V. Arangio-Ruíz, *Historia del Derecho Romano*, trad. F. de Pelsmacker, Reus, Madrid, 1943, pp. 82-83.

Es perfectamente conocida la preferencia que los romanos siempre demostraron por la sucesión testamentaria, respecto de la intestada, lo cual –además– contrasta con el desconocimiento del testamento por parte de los primitivos germanos.

La difusión de la costumbre romana de testar, entre los pueblos bárbaros de Europa, fue en buena parte obra de la Iglesia, que encontró en el testamento un medio adecuado para que el causante reparara las faltas que hubiese cometido en vida y así atendiera las necesidades de su alma; por ello estimuló la disposición de liberalidades en favor de obras pías y caritativas.

Los resultados de esa influencia de la Iglesia fueron más o menos notables en las diferentes regiones del viejo continente, pero en todo caso de carácter tan significativo que, prácticamente desde el siglo X hasta fines del XVII, el testamento tuvo en la mayor parte de los países europeos, un carácter más religioso que jurídico. Tal situación, desde luego, dio lugar a abusos.

A partir del siglo XVIII se nota una tendencia regresiva y cada vez más insistente, de tratar el testamento como un acto meramente jurídico y de carácter patrimonial. Dicha corriente culmina y se generaliza con la Revolución Francesa[2].

## 25. Concepto y Caracteres del Testamento

La definición tradicional o clásica del testamento, que nos viene de Ulpiano, es: "manifestación legítima de nuestra voluntad, hecha solemnemente para que sea válida después de nuestra muerte"[3]. Por su parte, el art. 833 CC indica que "el testamento es un acto revocable por el cual una persona dispone para después de su muerte de la totalidad o de parte de su patrimonio, o hace alguna otra ordenación, según las reglas establecidas por la Ley".

Pero si deseamos mayor precisión y exactitud al respecto, debemos decir que el testamento *es un acto jurídico sui géneris, unilateral, personalísimo, solemne, de última voluntad y esencialmente revocable, mediante el cual una persona dispone de la totalidad o de parte de su patrimonio, o hace cualquier otro tipo de ordenación.*

Esa última definición contiene todos los caracteres del testamento, que pasamos a analizar.

1. *Acto jurídico sui géneris*: el testamento es un producto de la actividad humana que tiene relevancia y produce efectos jurídicos, pero que –adicionalmente– tiene fisonomía propia y por ende difiere de cualesquiera otros actos jurídicos.

2 Al respecto, *cfr.*: Lepointe, *op. cit.*, nº 107, p. 87, nos. 187-189, pp. 144-147 y nº 340, pp. 258-260; P. Aries, *The Hour of our Death*, trans. H. Weaver, Vintage Books, New York, 1982, pp. 188-193 y 469-471; etc.

3 Ulpiano (*Reglas*), XX, 1.

2. *Acto unilateral*: el testamento es un acto unilateral, ya que está constituido por una sóla declaración de voluntad –la del testador–.

La aceptación de la herencia o del legado, por la persona instituida en el testamento, constituye, a su vez, otro acto jurídico unilateral autónomo, distinto, separado e independiente del testamento y que, por consiguiente, no es integratorio de éste. Tal aceptación, por lo demás, nunca podría verificarse en el mismo acto del testamento, porque –a más de otras razones– éste entonces dejaría de ser tal y se transformaría en un convenio entre testador e instituido y ya sabemos que nuestra legislación prohibe todo pacto sobre sucesión futura (ap. del art. 1.156 CC) (*supra*, n° 5, C).

Pero la unilateralidad característica del testamento va aun más allá: el testamento no puede ser otorgado sino por una sóla persona. En efecto, dispone el art. 835 CC que "no pueden dos o más personas testar en un mismo acto, sea en provecho recíproco o de un tercero"; a lo cual es necesario agregar que, en base a la misma filosofía, tampoco pueden dos o más personas testar en un mismo acto en provecho de diferentes instituidos. En otras palabras, nuestra legislación no permite tipo alguno de testamento *conjunto o mancomunado*, ya se trate de testamento *colectivo* (dos o más otorgantes disponen, en un mismo acto, en favor de una misma tercera persona o de diferentes terceras personas), o de testamentos *recíprocos* (dos o más otorgantes disponen en un mismo acto, cada uno en beneficio de todos o de algunos de los restantes otorgantes).

Dicha prohibición se explica así: según indica la definición del testamento antes propuesta –y luego explicaremos con más detalle– uno de los caracteres de dicho acto es su esencial revocabilidad, es decir, que el testador siempre tiene la facultad de dejarlo total o parcialmente sin efecto. Ahora bien, si el testamento fuere mancomunado o conjunto (ya sea colectivo o ya sea recíproco), no habría al respecto otras alternativas que las de autorizar a cada otorgante para revocarlo libremente por su parte, o la de exigir que dicha revocación deba ser efectuada también de manera conjunta por todos los testadores. De optarse por la primera alternativa, quedaría salvaguardado el principio de la revocabilidad del testamento, pero se estaría abriendo una importante vía a engaños y fraudes entre los testadores (*v.gr.*: el testamento es recíproco y uno de sus autores lo revoca a escondidas del otro; dicho revocante, sin embargo, continúa siendo beneficiario del otro testador, aunque éste último se hubiese decidido a otorgar su testamento de manera recíproca, precisamente en la creencia de que él estaría instituido para el caso de sobrevivir a su co-testador). Y de acogerse la segunda de las expresadas alternativas, se evitarían tales posibles fraudes y engaños, pero quedaría afectada la regla de la libre revocabilidad del testamento, que constituye materia de orden público.

De manera que, en definitiva, resulta necesario –además de conveniente– prohibir de manera absoluta todo testamento conjunto[4].

Los testamentos conjuntos, pues, ya sean colectivos o ya sean recíprocos, son absolutamente nulos.

Se ha discutido si la norma legal que prohibe los testamentos conjuntos concierne a la esencia misma del negocio o si sólo afecta a su forma. El punto tiene interés práctico fundamentalmente en lo concerniente a los problemas derivados del Derecho Intertemporal: ¿los testamentos conjuntos otorgados durante la vigencia de una ley que los permite, continúan siendo válidos si la misma es posteriormente derogada por otra ley que los prohibe?[5]. La jurisprudencia venezolana se ha pronunciado hasta ahora por la respuesta afirmativa, para lo cual ha tenido que calificar la aludida prohibición como exclusivamente atinente a la forma del acto testamentario y, adicionalmente, ha invocado al respecto el principio constitucional de la irretroactividad de la ley (art. 24 CN de 1999, equivalente al art. 44 CN de 1961; y art. 3 CC)[6]. Sin embargo, nos parece obvio que dicha prohibición afecta el fondo mismo del negocio y, por ende, no se limita a su aspecto formal: en efecto, las reglas legales relativas a la forma o solemnidad de los testamentos son únicamente aquéllas que gobiernan las diferentes maneras de otorgarlos y los detalles del otorgamiento, pero no las que trascienden de tales formalismos, como sucede con la referida prohibición de otorgar testamentos conjuntos, contenida en el art. 835 CC; por otra parte, dicha norma es de orden público y las reglas de orden público se aplican de inmediato, incluso a los efectos futuros de los actos jurídicos formalizados con anterioridad a su promulgación, sin que ello deba o pueda considerarse como violación del principio de la irretroactividad de la ley[7]. Por tal motivo consideramos que al prohibir una nueva ley el testamento conjunto, automáticamente se hacen nulos los actos de ese tipo otorgados con anterioridad y durante la vigencia de otra ley que los autorizaba[8].

---

4 La mayor parte de nuestros CC anteriores, sin embargo, permitía los testamentos conjuntos aunque dejando a cada testador en plena libertad de revocarlos. Así: CC de 1922 y 1916 (art. 824); CC de 1904 (art. 735); CC de 1896 (art. 729); CC de 1880 (art. 712); y CC de 1873 (art. 705). En cambio, estaban terminantemente prohibidos por el CC de 1867 (art. 514) y por el CC de 1862 (art. 6 , Ley I, TítuloII, Libro Tercero).
La generalidad de las legislaciones extranjeras prohibe igualmente todo tipo de testamento conjunto. Así: art. 669 CC español; art. 968 CC francés; art. 589 CC italiano de 1942; etc.

5 También puede tener interés para el Derecho Internacional Privado: ¿los testamentos conjuntos otorgados en un país cuya legislación los autoriza, pueden surtir efectos en otro país cuya legislación los prohibe?

6 Cas.: GF-I, N° 8, pp. 346-347; GF-I, N° 11, pp. 523-524.- *Inst.*: JCTI/1946, pp. 22-23; JTR, Vol. VI, T. II, pp. 607-608.

7 Al respecto, *cfr.*: J. Sánchez-Covisa, *La Vigencia Temporal de la Ley en el Ordenamiento Jurídico Venezolano (incluida en el volumen Obra Jurídica de Joaquín Sánchez-Covisa)*, Contraloría Gral. de la República, Caracas 1976, pp. 254-257 y 260-262.

8 En el mismo sentido, *cfr.*: Polacco, *op. cit.*, T. I, p. 183; A. Cicu, *El Testamento*, trad. M. Fairén M., Rev. Derecho Privado, Madrid, 1959, pp. 25-27; etc.

A nuestro modo de ver, pues, la jurisprudencia venezolana antes aludida (que se refiere a testamentos conjuntos otorgados durante la vigencia del CC de 1922, pero relacionados con sucesiones abiertas después de la entrada en vigor del CC de 1942) sólo puede explicarse como una reacción de los sentenciadores determinada por consideraciones de equidad, en virtud de las cuales estimaron demasiado duro pronunciar la nulidad de testamentos otorgados durante la vigencia de una ley que los permitía y de cuya posterior derogatoria posiblemente no se percataron o no pudieron percatarse los testadores, antes de morir. Sin embargo, *dura lex, sed lex*.

Por otra parte, si el criterio jurisprudencial en cuestión fuese correcto, lo lógico sería aplicarlo también, *mutatis mutandi* a los casos de conflicto de leyes en el espacio: el testamento conjunto, otorgado en un país cuya legislación lo autoriza (*v.gr.*: art. 1.248 CC austríaco), debería considerarse también válido en Venezuela, en virtud de la remisión a la *lex loci* que hacen el art. 11 y la primera parte del art. 879 CC. ¿Cómo explicar entonces que en la parte final de dicho art. 879 CC se deje sin eficacia alguna en Venezuela al testamento conjunto otorgado en otro país cuya legislación lo permite?

En todo caso, es necesario tener en cuenta que la referida prohibición contenida en el art. 835 CC, únicamente se refiere a testamentos otorgados de manera conjunta –es decir, en un mismo acto– por dos o más personas; pero no impide en forma alguna, que dos o más personas, otorgando separadamente sus respectivos testamentos, se instituyan unas a otras como herederas o como legatarias; ni tampoco prohibe que dos o más personas otorguen sus respectivos testamentos por actos separados, instituyendo en cada uno de ellos a la misma tercera persona, como heredera o como legataria[9].

3. *Acto personalísimo*: el testamento tiene que ser otorgado directamente por la misma persona de cuya sucesión se trata. En principio no se admite, en esta materia, la representación propia y verdadera ni tampoco la representación impropia.

Sería representación propia y verdadera, la sustitución, por un tercero, de la voluntad de la persona de cuyo testamento se trata: caso de la actuación en nombre del incapaz, por su representante legal. Habría representación impropia en la manifestación por un tercero, de la voluntad de la persona de cuyo testamento se trata: caso del otorgamiento de testamento por medio de mandatario o apoderado.

En materia de representación impropia, la referida regla no sufre excepción alguna: jamás puede otorgarse válidamente testamento por medio de mandatario, aunque éste haya sido facultado especialmente para ello, ya que en tal hipótesis podría resultar imposible determinar si la voluntad expresada en el testamento es la del supuesto testador o la de su mandatario. Se trataría, pues, de un caso de institución de una

---

9 *Cas.*: GF-I, Nº 8, p. 346; GF-I, Nº 11, p. 523.

persona incierta cuya designación se encomienda a un tercero (el mandatario), sancionada con nulidad absoluta por el art. 898 CC (*infra*, nº 56-B, A).

La regla debería ser aún más absoluta en materia de representación propia y verdadera, mas no es así. El art. 966 CC reconoce al efecto una excepción, que corresponde a las que en Roma se denominaban *sustitución pupilar y sustitución cuasi-pupilar* o *ejemplar*[10]: consiste, simplemente en que el padre o en su defecto la madre, puede otorgar testamento en nombre y representación de su hijo, cuando éste es incapaz de testar y sólo para el caso de que el mismo fallezca en tal incapacidad; pero únicamente si dicho hijo no tiene herederos legitimarios, hermanos ni sobrinos.

Más adelante volveremos con más detalles sobre ese tema (*infra*, nº 69-D).

4. *Acto solemne*: el testamento es un acto solemne, ya que tiene que ser efectuado con cumplimiento de determinadas formalidades que la ley consagra al efecto. Podríamos incluso decir, que el testamento y el matrimonio son los actos jurídicos solemnes por excelencia, en la legislación venezolana.

Como veremos en el Capítulo VII, nuestro sistema legal admite una gran gama de procedimientos formales para la realización del acto testamentario, pero en definitiva todos ellos tienen dos rasgos esenciales comunes: el testamento tiene que otorgarse por escrito y no puede deducirse derecho alguno de un testamento otorgado, si el mismo no se inscribe en una Notaría (o si no fue protocolizado en una Oficina Subalterna de Registro, en caso de que su otorgamiento haya tenido lugar con anterioridad a la publicación del vigente DLRN).

Lo antes dicho no significa que el testamento pueda ser válidamente otorgado mediante un escrito cualquiera, ya deba calificarse al mismo como acto privado o como acto público. Lo que quiere decir es, única y exclusivamente, que absolutamente todas las diversas formas de testar reconocidas por la ley patria, requieren que el testamento sea otorgado en forma escrita, puesto que entre nosotros no tiene validez alguna el testamento simplemente verbal.

Por otra parte, si bien casi todos los tipos normales u ordinarios de otorgamiento de testamentos, requieren la intervención directa de un Notario en el acto testamentario mismo, también se puede otorgar testamento normal u ordinario, así como testamento especial o extraordinario, sin la presencia de dicho funcionario: no obstante, los testamentos otorgados de esa última manera, tienen necesariamente que inscribirse a posteriori en una Notaria, para que el negocio pueda tener eficacia.

La razón por la cual el legislador ha querido rodear al acto jurídico testamentario de tanta formalidad, es la defensa misma de la voluntad del causante. Como el testamento no habrá de surtir efecto alguno sino cuando su autor haya muerto y por tanto no pueda ya defenderlo ni aclararlo, se ha estimado que las solemnidades

---

10 Al respecto, *cfr.: Institutas*, II, XVI.

legales requeridas para llevarlo a cabo constituyen el mejor medio para procurar que el causante pueda expresar su voluntad con la mayor libertad y para que dicha voluntad quede establecida con toda fijeza y claridad.

En principio, la violación de cualquier requisito formal consagrado por la ley para el otorgamiento de testamentos, acarrea la nulidad absoluta de éstos.

5. *Acto de última voluntad*: el testamento es un acto voluntario, toda vez que nadie tiene la obligación de hacerlo; pero además es un acto *mortis causa*, es decir que sólo se perfecciona con la muerte de su autor y antes de ese momento no produce efecto alguno.

Este carácter del negocio jurídico testamentario implica, además, que debe presumirse de manera absoluta, que la voluntad expresada en el mismo se mantiene constantemente renovada, desde el momento cuando aquél se efectúa hasta el momento de la respectiva apertura de sucesión, tal como si se tratara de la última actuación llevada a cabo por el causante antes de fallecer[11].

6. *Acto esencialmente revocable*: precisamente porque se trata de un negocio jurídico que debe considerarse representativo de la voluntad del causante para el momento preciso de su muerte y que no produce efectos con anterioridad a ese instante, el testamento –por naturaleza– es esencialmente revocable (arts. 833 y 990 CC). Ello significa, pues, que el testador tiene siempre plena e irrestricta libertad para modificarlo y para dejarlo sin efecto, total o parcialmente.

Este carácter del testamento constituye materia de orden público y –por ende– el derecho de revocarlo libremente, no puede ser renunciado o restringido en forma alguna, sea por acto entre vivos o por acto *mortis causa* (ap. del art. 990 CC).

Por tanto, son absolutamente nulas las disposiciones o cláusulas que impliquen renuncia absoluta o relativa de parte del testador, de su derecho de revocar en todo o en parte el testamento.

Son disposiciones o cláusulas que implican renuncia *absoluta* del derecho de revocar un testamento o parte del mismo, aquéllas en las cuales el testador, de una u otra manera, se prohibe a sí mismo efectuar su revocación, ya sea indefinidamente o

---

11 Esta es otra razón por la cual debe considerarse que el testamento conjunto o mancomunado otorgado durante la vigencia de una ley que lo permite, es sin embargo nulo –por infringir normas de orden público– si luego lo prohibe la ley vigente para el momento de la apertura de la sucesión.

En el Derecho moderno tampoco tiene cabida la figura de la *donatio mortis causa* del Derecho Romano: se trataba de un acto intermedio entre donación y legado. Era una donación –es decir, un contrato– pues requería el consentimiento tanto del donante como del donatario; pero como era igualmente un acto por causa de muerte, sólo surtía efectos al fallecer el donante, razón por la cual éste conservaba en vida el usufructo de los bienes objeto de la donación y el derecho de revocarla en cualquier momento. Al respecto, *cfr.: Institutas*, II, VII.

durante determinado período; y, por tal motivo, el testamento en cuestión (o cierta parte de él, si fuere el caso) debe considerarse definitivo e inmodificable, sea para siempre o al menos durante el período al cual se refiere la renuncia.

En cambio, las disposiciones o cláusulas que implican renuncia *relativa* del derecho de revocar un testamento o parte del mismo, son las que si bien mantienen la libertad de revocación del acto, significan la sumisión por el testador al cumplimiento de determinada condición o a la utilización de alguna contraseña específica, para que pueda considerarse efectivamente revocado el testamento en cuestión o alguna parte del mismo. Por ejemplos: el testador establece que su testamento no deberá considerarse revocado ni modificado en forma alguna, a menos que el nuevo testamento revocatorio o modificatorio, concluya con las palabras "esta es precisa y exactamente mi voluntad"; o bien, el testador indica en su acto de última voluntad, que el mismo no podrá considerarse revocado o modificado, salvo que en un ulterior testamento suyo, al lado de su firma, aparezca estampado determinado sello.

Dichas cláusulas o disposiciones de renuncia relativa de la facultad de revocar el testamento, surgieron originalmente en la historia como un medio para garantizarse el testador su plena libertad de disponer por testamento, cuando temía que pudiera ser constreñido, presionado o inducido a testar, contra su verdadera voluntad. En efecto, al incluir en su testamento una disposición de dicho tipo, podía luego aparentar, si le convenía, que accedía a la presión que se le hacía para testar nuevamente, pero en dicho nuevo acto de última voluntad no incluía la condición o contraseña previamente establecida, razón por la cual el mismo no constituía en realidad una revocación del anterior, que así se mantenía en pleno vigor. Sin embargo, de hecho ocurrió con frecuencia que el testador, a pesar de que efectivamente deseaba revocar o modificar su testamento anterior, olvidaba que se había autoimpuesto la obligación de dar cumplimiento a determinada condición o de utilizar cierta contraseña para poderlo hacer válidamente; o había olvidado cuál era la condición o la contraseña y, por un motivo u otro, no tenía la posibilidad de revisar su testamento anterior; etc. Ello obligó a concluir que las referidas cláusulas o disposiciones restrictivas de la facultad de revocar el testamento, en lugar de representar un beneficio o una ventaja para el testador, más bien se podían transformar en serios, graves e insolubles problemas para él, lo cual movió primero a la doctrina, luego a la jurisprudencia y finalmente a la ley, a pronunciarse por su nulidad absoluta.

En todo caso, conviene tener en cuenta que la nulidad de las cláusulas de renuncia absoluta o relativa del derecho de revocar libremente el testamento, en nada afectan la validez del resto de las disposiciones contenidas en dicho acto o negocio.

Consecuencia obligada del carácter esencialmente revocable del testamento, es la prohibición legal de otorgar testamentos conjuntos o mancomunados, a que nos hemos referido poco antes; dicho carácter también explica, al menos parcialmente

–como también lo hemos señalado con anterioridad– la prohibición legal de pactos sobre sucesión futura (*supra*, n° 5, C).

7. *Acto mediante el cual se hacen disposiciones relativas a la totalidad o a parte del patrimonio*: el testamento es, fundamentalmente, un negocio jurídico de carácter patrimonial, pues su finalidad u objeto básico es la institución de uno o más herederos y la institución de uno o más legatarios. Sin embargo, como poco más adelante veremos, dicho acto también puede ser utilizado para efectuar ordenaciones diferentes de las indicadas, que –a su vez– pueden ser tanto de carácter patrimonial como de naturaleza extrapatrimonial.

Mediante el testamento, el causante puede disponer –si así lo desea– de la totalidad o de sólo parte de su patrimonio. Habrá disposición total del patrimonio, cuando el contenido del testamento abarca y comprende todas las relaciones de carácter económico de las cuales es titular; y habrá disposición parcial del patrimonio, cuando el testamento sólo abarca y comprende alguna o algunas de las relaciones económicas de las cuales es titular, pero no la totalidad de ellas. Cuando el testamento no cubre la totalidad del patrimonio del testador, la parte restante del mismo se defiere de acuerdo con las normas y reglas de la sucesión intestada (ap. del art. 807 CC) (*supra*, Capítulo IV). En consecuencia, en el Derecho venezolano, como en general en las legislaciones contemporáneas, puede haber simultáneamente sucesión testamentaria y sucesión intestada, respecto de un mismo causante, pues ya no rige la regla romana *nemo pro parte testatus pro parte intestatus descedere potest*[12] (*supra*, n° 6, D).

La sucesión testamentaria puede ser a título universal o a título particular (a diferencia de la sucesión intestada que siempre y en todo caso es a título universal), pues el testamento puede contener tanto instituciones de heredero como instituciones de legatario (art. 895 CC) (*supra*, n° 3).

El causante puede utilizar su testamento para instituir en él a uno o varios herederos; o simplemente para instituir a uno o varios legatarios[13]; o para instituir a uno o varios herederos y a uno o varios legatarios, ya que, como antes hemos dicho, pueden coexistir sucesiones a título universal y a título particular respecto de un mismo *de cujus* (*supra*, n° 6, C). Cuando el causante nombra una multiplicidad de herederos, éstos pueden ser designados por cuotas iguales o por cuotas desiguales; y de manera similar, cuando el testador instituye a varios legatarios respecto de un mismo bien o respecto de varios bienes determinados, puede beneficiarlos al respecto con partes iguales o con partes desiguales: en una y otra situación, cuando existe pluralidad de beneficiarios pero sin designación de cuotas o de partes, todos ellos se entiende que

---

12 *Institutas*, II, XIV, 5.

13 No sucedía lo mismo en Roma, pues allá la designación de uno o más herederos era indispensable para que pudiera hablarse de testamento: *caput et fundamentum totius testamenti*; incluso por tal razón se consideraban ineficaces todas las disposiciones testamentarias que precedieran al nombramiento del heredero. Al respecto, *cfr.*: Gayo (*Institutas*), II, 229.

lo han sido por partes iguales (por razones de lógica y por aplicación de la norma general contenida en el art. 760 CC).

También puede limitarse el testamento, sin perder su carácter de tal, a llamar a la sucesión del causante a sus mismos sucesores *ab intestato*; o a excluir a alguno o a algunos de dichos sucesores legales.

8. *Acto que también puede contener disposiciones diferentes a la institución de herederos y legatarios*: si bien la finalidad básica del testamento, como acabamos de indicar, es la institución de heredero o de legatario, igualmente es un acto que puede ser utilizado por el causante –sin que su naturaleza se desvirtúe– para efectuar ordenaciones de otro tipo, tanto de índole *extrapatrimonial* como de carácter *patrimonial*, pero –al menos como regla general– de última voluntad, es decir, que sólo habrán de tener efecto después de su muerte.

Incluso, entre nosotros puede haber testamento –sin institución de heredero ni de legatario– simplemente contentivo de tales ordenaciones diferentes, hechas por el causante para que se cumplan o para que surtan efecto una vez que él fallezca[14].

Dichas otras ordenaciones pueden ser de muy variados tipos: las hay totalmente desprovistas de contenido patrimonial; las que tienen una finalidad principal no patrimonial, pero de las cuales derivan indirectamente consecuencias patrimoniales; y aquéllas cuya naturaleza es esencialmente patrimonial.

A. La mayor parte de las disposiciones testamentarias (distintas de las instituciones de herederos y de legatarios), que *no tienen carácter patrimonial*, se relaciona con actos del Derecho de Familia. Corresponden a este tipo las siguientes: i) el reconocimiento de hijos extramatrimoniales del testador (ord. 3° del art. 217 CC)[15]; ii) el nombramiento

14 Al respecto., *cfr.*: EMPCC, p. 70.
El ap. del art. 587 CC italiano vigente, consagra expresamente lo antes dicho. En el mismo sentido se pronuncia la doctrina francesa; al respecto, *cfr.*: Planiol & Ripert, *op. cit.*, T. V, n° 622, p. 661-662; De Page, *op. cit.*, T. VIII-2, nos. 801-802, pp. 914-918; etc. En cambio, la doctrina y la jurisprudencia españolas discuten aun si puede hablarse de testamento cuando el acto no contiene institución de heredero ni de legatario; al respecto, cfr.: J. Castán Tobeñas, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, 8a. ed., Reus, Madrid, 1979, T. VI, Vol. II, pp. 17-19.

15 Si bien el testamento es un acto de última voluntad, el reconocimiento del hijo extramatrimonial que se haga en el mismo, surte efectos de inmediato aunque la sucesión no se haya abierto, puesto que ese reconocimiento es un negocio mero declarativo (art. 221 CC) [al respecto, *cfr.*: López Herrera, *op. cit.* (*Derecho de Familia*), n° 123-A, 1]: desde luego, lo antes dicho sufre excepción –de hecho– cuando el reconocimiento se hace en testamento cerrado, ya que el contenido de éste no se conoce antes de su apertura, la cual sólo puede llevarse a cabo con posterioridad a la muerte del testador (arts. 986-989 CC; *infra*, n° 42). Por otra parte, a pesar de que el testamento es esencialmente revocable, como hemos explicado poco antes, el reconocimiento del hijo contenido en el mismo, no lo es, pues se trata de un acto legalmente irrevocable (art. 221 CC): sin embargo, cuando el reconocimiento se lleva a cabo en testamento cerrado y más tarde el causante procede a destruirlo o a alterar su cubierta o sus sellos, el testamento en cuestión queda automáticamente revocado y ello –en dicho caso– acarrea de hecho la revocación del reconocimiento [al respecto, *cfr.*: López Herrera, *op. cit.* (*Derecho de Familia*), n° 123-A, 6, p. 741).

de tutor o de protutor de hijos que se encuentran bajo la patria potestad del testador (art. 305 CC); iii) la designación de curador especial del incapaz, para la administración de los bienes comprendidos en la herencia o en el legado que el testador le deja (art. 311 CC); iv) el nombramiento de miembros del consejo de tutela, de hijos que se encuentran bajo la patria potestad del testador (art. 326 CC); v) la designación de tutor de hijos del testador, para el caso de que sean declarados entredichos (art. 399 CC); etc.

También puede el testador utilizar su acto de última voluntad para hacer otras declaraciones, formular recomendaciones, dar consejos, etc., sin contenido patrimonial, a sus herederos y legatarios o aun a terceras personas, referentes a situaciones que habrán de plantearse después del fallecimiento de aquél (*v.gr.*: concernientes a la educación que desea se den a sus hijos u otros familiares suyos; relativos al comportamiento familiar que aspira de sus herederos; referentes a los hábitos de vida que éstos deben adoptar; etc.). Cabe sin embargo observar que si bien la inclusión de ese tipo de ordenaciones no desvirtúa el carácter de testamento del acto que las contiene –si éste, desde luego, reúne los correspondientes requisitos de forma– las mismas, salvo en casos realmente excepcionales, no tienen ni pueden tener fuerza obligante de carácter legal.

B. Entre las disposiciones testamentarias (distintas de las instituciones de herederos y de legatarios), de las cuales *derivan indirectamente consecuencias patrimoniales, sin ser éstas su objeto principal*, se pueden mencionar: i) el nombramiento de albaceas o ejecutores testamentarios del causante (con o sin señalamiento de la respectiva remuneración) (art. 967 CC) (*infra*, n° 72); ii) el nombramiento de partidor de la herencia del testador (con o sin indicación de la correspondiente remuneración) (art. 1.066 CC) (*infra*, n° 139); iii) la prohibición temporal de efectuar la partición de la herencia (ap. del art. 1.067 CC) (*infra*, n° 129); iv) las disposiciones modales establecidas en interés del mismo heredero o legatario (*infra*, n° 57-C); v) los ordenamientos del causante relativos a determinados sufragios, misas u otros actos religiosos que él desea se lleven a cabo después de su muerte (y que son válidos siempre que su monto no exceda de cierto porcentaje del valor líquido de la herencia: ap. del art. 899 CC) (*infra*, n° 56-B, B); vi) las disposiciones del testador concernientes a sus funerales, sus exequias o su tumba; etc.

C. Finalmente, puede haber disposiciones testamentarias *de contenido fundamentalmente económico*, pero que no constituyen propiamente instituciones de heredero ni de legatario; dentro de esta categoría podemos mencionar: i) la remisión de la indignidad para suceder *ab intestato* que afecta a algún miembro de la familia del testador (art. 811 CC) (*supra*, n° 15-C); ii) la revocación de un testamento anterior del causante (art. 990 CC) (*infra*, nos. 79 y 79-A); iii) la exclusión de algunos de los sucesores *ab intestato* del testador; iv) la renuncia por el testador de algún derecho o

acción; v) el reconocimiento por el testador de obligaciones a su cargo y en favor de tercera persona; etc.[16].

## 26. Instituciones Testamentarias de Herederos e Instituciones Testamentarias de Legatarios

Conforme acabamos de decir –a diferencia de la sucesión intestada que únicamente puede ser a título universal– la sucesión testamentaria puede dar lugar tanto a instituciones de heredero (o a título universal) como también a instituciones de legatario (o a título particular) (art. 895 CC) (*supra*, n° 25, 7).

"Las disposiciones testamentarias que comprendan la universalidad o una parte alícuota de los bienes del testador, son a título universal y atribuyen la calidad de heredero. Las demás disposiciones son a título particular y atribuyen la calidad de legatario" (art. 834 CC) (*supra*, n° 3)[17].

A los fines de determinar si una institución testamentaria es universal o particular, sólo debe tomarse en cuenta el contenido de la disposición y no la forma de la expresión del testador. Habrá, pues, institución a título universal (que confiere al instituido el carácter de heredero), siempre que el causante instituya al beneficiario por la totalidad o por una parte alícuota de su patrimonio (*v.gr.*: la mitad, un tercio, un décimo, un vigésimo, etc.); y habrá institución a título particular (que confiere al instituido el carácter de simple legatario), siempre que el causante instituya al beneficiario por una, por varias o por muchas de las relaciones jurídicas individualmente determinadas[18]. Resulta totalmente irrelevante, cuando el testador hace una institución –universal o particular– que él la califique como "herencia", o como "legado", o como "donación", o como "beneficio", o utilice al efecto cualquier otra expresión más o menos feliz.

Tampoco tiene trascendencia jurídica alguna en nuestro sistema legal, la importancia o la cuantía económica de la institución, a los efectos de calificarla como universal (herencia) o como particular (legado): es perfectamente factible que, en ese sentido, un legado sea más importante que una institución hereditaria hecha por el mismo testador.

En consecuencia, si el causante otorga testamento, en el cual dispone, en favor de una misma persona, de la totalidad o de la mayor parte de las relaciones jurídicas de

---

16 De todo lo antes expuesto, podemos colegir que no es exacto el texto del ap. del art. 834 CC, cuando señala que las disposiciones testamentarias que no fueren a título universal, lo son a título particular y atribuyen la calidad de legatario: en efecto, ninguna de las antes mencionadas constituye –al menos directamente– institución de heredero y, sin embargo, tampoco puede calificarse como institución de legatario.

17 El art. 834 CC venezolano, es copia textual del art. 760 CC italiano de 1865.- Repetimos que el contenido de la norma en referencia no es del todo exacto: pueden existir disposiciones testamentarias que no implican instituciones a título universal ni tampoco a título particular; *supra*: n° 26, 8.

18 Las instituciones a título particular o legados, también son conocidas con el nombre de *mandas*.

carácter económico que constituyen su patrimonio, pero de manera individualizada –y por tanto, no designando al beneficiario como titular de la totalidad ni de una parte alícuota de dicho patrimonio, sino de tales relaciones determinadas– esa institución debe sin embargo calificarse como hecha a título particular (aunque agote o casi agote el caudal patrimonial del testador). Y si en el mismo caso, el causante además instituye a otra persona como su sucesor único y universal o como su sucesor en una determinada parte alícuota de su patrimonio, tal institución tiene que calificarse, no obstante, como hecha a título universal (aunque carezca de contenido económico o lo tenga muy escaso, por haberse agotado total o casi totalmente, con los legados, el patrimonio del testador).

Por idénticas razones, constituyen en Venezuela instituciones testamentarias a título particular, todas las aquéllas en las cuales se dispone en favor de una o varias personas, de *todos los bienes inmuebles* propiedad del causante o de una *parte alícuota de los mismos*; o de *todos sus bienes muebles* o de *una parte alícuota de ellos*; etc.; ya que ninguna de tales ordenaciones implica designación por la totalidad o por una parte alícuota del patrimonio hereditario[19].

No sucede otro tanto en el Derecho francés, pues el art. 1.010 CC Napoleón califica expresamente el antes aludido tipo de disposiciones, como a título universal: "El legado a título universal es aquél por el cual el testador instituye por una parte alícuota de los bienes que la ley le permite disponer, como una mitad, un tercio, *o todos sus inmuebles, o todos sus bienes muebles, o una cuota determinada de sus inmuebles o de todos sus bienes muebles...*"[20]. Esa corriente es también la seguida –aunque de manera menos clara y precisa– por el CC italiano de 1942 (últ. ap. del art. 588), cuando establece: "La indicación [en la institución testamentaria] de bienes determinados o de un conjunto de bienes, no excluye que la disposición sea a título universal, *cuando resulta que el testador ha tenido la intención de asignar tales bienes como cuota del patrimonio*"[21].

---

19 En el mismo sentido se han pronunciado los pocos autores patrios que han abordado el tema. Al respecto, cfr.: Farrera, *op. cit.*, nos. 87-88, pp. 84-85; L.E. Delgado Chapellín, *El Criterio Objetivo de Discriminación entre Heredero y Legatario*, Repertorio Forense, Nº 5.009 (8 de Setiembre de 1980), Caracas, pp. 1-2.
La doctrina italiana anterior al CC de 1942, estaba bastante dividida al respecto. Algunos opinaban que la institución por la totalidad o por una cuota parte de los bienes inmuebles o de los bienes muebles del causante, constituía un legado (criterio objetivo); así: Polacco, *op. cit.*, T. I, pp. 321-331; De Ruggiero, *op. cit.*, T. II, Vol. II, pp. 486-489; etc. En cambio, opinaba que la naturaleza de dicha institución dependía de la voluntad del testador (criterio subjetivo), entre otros: Ricci, *op. cit.*, T. VII, nº 94-bis, pp. 273-280.

20 Conviene en todo caso recordar, para evitar confusiones y malentendidos, que es radicalmente diferente la estructura del Derecho francés –respecto de la del Derecho venezolano– en lo tocante a los conceptos de «heredero» y de «legatario»: *supra*, nº 5, B.

21 Al respecto, *cfr.*: Cicu, *op cit.* (*Testamento*), pp. 322-324; A. Cicu, *Derecho de Sucesiones*, trad. J.M. González P., Real Colegio de España, Barcelona, 1964, nº 9, pp. 53-58.

Es también institución a título particular, legado o manda, la disposición testamentaria cuyo objeto es el *usufructo de la totalidad o de una parte alícuota del patrimonio hereditario*, al cual alude el art. 613 CC, como usufructo "a título universal": ese tipo de institución, en efecto, debe interpretarse como referido no al patrimonio hereditario del testador, considerado como una universalidad o como un *nomen juris*, sino como la suma de todos los elementos patrimoniales activos o bienes singulares que lo componen[22]. Ello –a su vez– explica que, de acuerdo con la citada norma, el beneficiario de dicho usufructo no responda de las deudas de capital que existan en la herencia en cuestión, sino que sólo deba contribuir, en la proporción correspondiente –de acuerdo con la cuantía de los bienes sujetos al usufructo, respecto de la totalidad del patrimonio hereditario– al pago de los intereses, pensiones y obligaciones similares, que afecten la herencia (*infra*, nº 166, 4)[23].

Terminaremos este punto aclarando, en relación con los legados, que éstos pueden incluso tener por objeto, en ciertos casos, relaciones jurídicas de índole patrimonial que no figuran en el patrimonio del causante: tales son los legados de cosas ajenas (arts. 902-905 y 908 CC) (*infra*, nos. 63-A y 63-C)[24].

## 27. TESTAMENTO Y CODICILO

La palabra "codicilo" no aparece en nuestro CC. En cambio, si figuraba en el art. 69 de la derogada Ley de Registro Público de 5 de octubre de 1999 (así como en las disposiciones equivalentes de las demás Leyes de Registro que la precedieron), que ordenaban su inscripción en el Protocolo Cuarto de las antiguas Oficinas Subalternas de Registro (donde igualmente debían ser inscritos los testamentos). Asimismo se

22 Al respecto, *cfr.*: L.E. Delgado Chapellín, *El Usufructuario a Título Universal*, Repertorio Forense, Nº 5.067 (6 de Noviembre de 1980), Caracas, pp. 1-4.
Es interesante observar que la calificación como legado, de la institución por testamento de un usufructo sobre la totalidad o una parte alícuota de una herencia, ya la hacía de manera expresa el art. 629 CC de 1867 (referido al art. 422 *ejusdem*).

23 No está de más señalar que ya no tiene vigencia alguna en nuestro sistema legal, la figura del *heredero usufructuario*, que una vez existió. En efecto, los CC de 1873 (art. 785), de 1880 (art. 791), de 1896 (art. 812) y de 1904 (art. 818), preveían lo siguiente: «Cuando en una disposición a título universal se señalare el término desde el cual haya de tener efecto, si el testador no hubiere dispuesto otra cosa, los llamados *ab intestato* serán herederos usufructuarios hasta su término; a menos que haya un heredero, con derecho de acrecer sobre aquella parte, que deba entrar desde luego a suceder, en cuyo caso él será el usufructuario. Si en la misma disposición a título universal se señalare el término hasta el cual debe tener efecto, se considerará al instituido como heredero usufructuario hasta aquel término, observándose en lo demás lo dispuesto en el aparte precedente». El art. 916 CC vigente, por el contrario, establece que «se tiene por no puesto en una disposición a título universal, el día desde el cual deba la misma comenzar o cesar» (igual cosa preveía el art. 905 CC de 1922 y de 1916) (*infra*, nº 57-A).

24 Como muy acertadamente observa Delgado Chapellín [*op. cit.* (*Descriminación entre Heredero y Legatario*), p. 1 y *op. cit.* (*Usufructuario a Título Universal*), p. 3], en tales legados y en otros en los cuales el objeto de ellos no es una relación jurídica patrimonial preexistente en el patrimonio del testador, las personas instituidas no son en realidad sucesoras del causante.

halla en el art. 2°, pr. a) del Decreto N° 601 de 20 de setiembre de 1957, por el cual se creó el Registro Central de Actos de Última Voluntad, que debe llevar el Ministerio de Justicia (hoy Ministerio de Relaciones Interiores y Justicia), donde se debe tomar razón "de los testamentos abiertos o cerrados, codicilos, revocaciones, retractaciones de éstas, y, en general, de todo acto relativo a la expresión o modificación de la última voluntad, en que intervenga como autorizante cualquier funcionario a quien la ley atribuya competencia para ello, o agente diplomático o consular en el exterior".

El referido término nos ha llegado del Derecho Romano.

Como anteriormente señalamos, en Roma era indispensable, para que un acto pudiera ser considerado como testamento, que el mismo contuviera la institución de uno o de varios herederos [*supra*, n° 25, 7, en nota (13)][25]. Por otra parte, el otorgamiento de testamento requería el cumplimiento de uno u otro tipo de formalidades esenciales[26].

Ahora bien, a partir de la época de Augusto se comenzó a admitir que ciertas disposiciones de última voluntad, a las cuales se dio el nombre de codicilos, fueran hechas u otorgadas sin formalidad alguna. Tales codicilios no podían contener institución de heredero y, originalmente, consistían en un simple ruego que el causante hacía a su heredero, para que éste cumpliera determinada manda u orden, en beneficio de un tercero. Por eso no creaban derecho legal alguno en favor de ese tercero, sino que el causante se limitaba a confiar en que el heredero cumpliría voluntariamente sus deseos (de allí el nombre de *fideicommisum* que se daba al contenido de dichas disposiciones).

Como el uso del fideicomiso se extendió y generalizó, el Derecho postclásico y el Justinianeo, terminaron por asimilarlo al legado, en cuanto a su fuerza obligatoria. Y, en consecuencia, el codicilo pasó a ser entonces un acto de última voluntad, que no requería las formalidades del testamento y que servía para llevar a cabo toda clase de ordenaciones, excepto la designación de heredero o la revocación de un testamento anterior[27].

En la actualidad, se denomina vulgarmente codicilo al acto de última voluntad, que es accesorio de uno o de varios testamentos otorgados con anterioridad y mediante el cual se complementa o se modifica parcialmente el contenido de esos testamentos anteriores. Empero, en estricto rigor jurídico, no hay diferencia alguna –de fondo ni de forma– entre testamento y codicilo: éste último, para ser válido y eficaz, requiere el cumplimiento de las mismas formalidades correspondientes al testamento; por otra parte, en un codicilo el causante puede hacer todo tipo de ordenaciones y de disposiciones de última voluntad, pues en el Derecho venezolano en particular y

25 Al respecto, *cfr.*: Gayo (*Institutas*), II, 229.

26 Al respecto, *cfr.*: *Institutas*, II, X.

27 Al respecto, *cfr.*: *Institutas*, II, XXV.

en el Derecho moderno en general, no existen las limitaciones y restricciones que establecía al respecto el Derecho Romano.

## 28. Límites de la Facultad de Testar

Si bien –como anteriormente hemos dicho– la ley establece el derecho de testar y reconoce que al efecto priva la autonomía de la voluntad de la persona (ap. del art. 807 CC) (*supra*, nº 24), tal facultad tiene sus limitaciones, igualmente consagradas por el legislador. Esos límites del derecho de disponer por testamento son tanto de *forma* como de *fondo*.

Las restricciones o limitaciones de forma que afectan la facultad de testar, son las *solemnidades* previstas en la ley para el otorgamiento de testamentos válidos (arts. 849-881 CC), a las cuales nos referiremos en detalle, en el Capítulo siguiente.

Las restricciones o limitaciones de fondo concernientes al derecho de testar, son de tres tipos diferentes: las *prohibiciones legales* de hacer testamentos conjuntos o mancomunados (art. 835 CC), que ya hemos tenido oportunidad de estudiar (*supra*, nº 25, 2); la institución de la *legítima* o *reserva*, en virtud de la cual ciertos familiares del causante no pueden ser privados de determinada porción del caudal hereditario (arts. 883-894 y 1.468-1.473 CC), que veremos en los Capítulos VIII y IX; y, finalmente, la *capacidad* tanto para disponer como para recibir por testamento (arts. 836-848 CC), a la cual nos referiremos a continuación en el presente Capítulo y en el subsiguiente.

## 29. Capacidad para disponer por Testamento

A la capacidad para disponer por testamento se la denomina igualmente *testamentifacción activa*. La palabra "testamentifacción" proviene de las voces latinas *testamenti factio* o derecho de testar, en el Derecho Romano[28].

En materia testamentaria, el art. 836 CC reitera el principio de Derecho común, según el cual la capacidad es la regla y la incapacidad es la excepción, cuando establece que "pueden disponer por testamento todos los que no estén declarados incapaces de ello por la ley". De ahí resulta, por una parte, que nadie está obligado a demostrar su propia capacidad o la capacidad de determinada persona para disponer por testamento, sino que la respectiva carga de la prueba recae exclusivamente sobre quien alega la incapacidad testamentaria; y, por otra, que las normas legales sobre incapacidad para testar son de carácter excepcional, motivo por el cual deben ser interpretadas restrictivamente y nunca pueden extenderse por vía de analogía.

Por otra parte, "para calificar la capacidad de testar se atiende únicamente al tiempo en que se otorga el testamento" (art. 838 CC). En consecuencia, sólo se necesita tener capacidad testamentaria en el momento del otorgamiento del acto de última voluntad, siendo indiferente cuál haya sido la situación anterior o la posterior

28 Al respecto, *cfr.*: *Institutas*, II, XII.

al mismo. Es irrelevante, pues, que el causante sea o no capaz para disponer por testamento en el momento de su muerte.

El testamento otorgado por un incapaz es relativamente nulo, aunque el testador adquiera o recobre luego la capacidad testamentaria antes de fallecer (*infra*, nos. 78 y 78-A).

La legislación venezolana reconoce únicamente tres casos de incapacidad *general* para testar: defecto de edad, defecto mental y mudez o sordomudez de quien no sabe o no puede escribir (art. 837 CC); y un caso adicional de incapacidad para disponer por testamento *cerrado*: no saber o no poder leer (art. 859 CC). Entre nosotros, la interdicción civil por causa criminal no determina la incapacidad para testar, ya que el art. 23 CP la limita a "privar al reo de la disposición de sus bienes por *acto entre vivos*"[29].

## 1. Incapacidad para testar por defecto de edad

Dispone el ord. 1° del art. 837 CC, que son incapaces para disponer por testamento, "los que no hayan cumplido *diez y seis años*, a menos que sean viudos, casados o divorciados".

La ley, pues, consagra en esta materia una excepción a la regla general del art. 18 CC, según la cual –en principio– la capacidad jurídica por razón de la edad se alcanza a los diez y ocho años. Ahora bien ¿cuál es el motivo o la razón de dicha regla excepcional?

El legislador ha estimado que la persona natural sólo debe considerarse suficientemente madura para disponer libremente de sus bienes, por acto entre vivos, cuando ya ha cumplido diez y ocho años; en consecuencia, parece estar fuera de toda lógica que, en cambio, admita que el individuo sí ha madurado suficientemente antes de dicha edad, para disponer de tales bienes por acto *mortis causa*. A nuestro juicio, tal incongruencia sólo puede explicarse como una reminiscencia histórica.

> En Roma la capacidad testamentaria por razón de la edad, se adquiría con la pubertad[30], la cual terminó por fijarse en los doce años para la mujer y en los catorce para el hombre[31]. Ahora bien, por cuanto en Roma la persona *sui juris* se hacía plenamente capaz al llegar a la pubertad, resultaba absolutamente lógico que desde entonces pudiera disponer por testamento[32].

---

29 En cambio, en otras legislaciones, la interdicción civil por causa criminal también incapacita al reo para testar: así, el art. 32 CP italiano (que además declara nulo el testamento otorgado por el reo antes de su condena e incluso antes de la comisión del acto delictuoso).

30 Al respecto, *cfr.*: *Institutas*, II, XII, 1.

31 Al respecto, *cfr.*: *Institutas*, I, XIII, *pr.*

32 Lo antes dicho, sufría empero ciertas excepciones en relación con las mujeres. En efecto, por una parte, en el Derecho Romano antiguo, ellas estaban sujetas a tutela perpetua y, en consecuencia, jamás llegaban a ser jurídicamente capaces; y en el Derecho ulterior, la mujer ingenua *sui juris* (que continuaba siendo agnada de su familia civil) no podía en un principio testar, a menos que sufriera una *capitis deminutio minima* (la cual le hacía perder tal vinculación familiar) [al respecto, *cfr.*: Gayo (*Institutas*), I, 115ª].

Ello explica que también en el Derecho Medieval, la capacidad para testar se estableciera en función de la pubertad[33]; y que la legislación ulterior de muchos países europeos haya fijado asimismo la capacidad para disponer por testamento, en edades que más se relacionan con la llegada del individuo a la pubertad, que con su mayoridad[34]. El legislador venezolano, a su vez, de manera consciente o inconsciente, siguió luego el mismo camino trazado por los CC del viejo continente[35].

Sin embargo, la persona que no ha cumplido todavía diez y seis años puede testar válidamente si es casada, viuda o divorciada. Dicha excepción se fundamenta en la emancipación que produce de derecho el matrimonio y que no se extingue con la disolución de éste (art. 382 CC).

Cuando la persona que es aún de menor edad tiene no obstante capacidad para testar (es decir, ha cumplido los diez y seis años o tiene menos edad aun, pero es casada, viuda o divorciada), puede y debe llevar a cabo dicho acto de última voluntad por sí misma, sin asistencia de tipo alguno y sin autorización judicial, pues como ya sabemos, el testamento es un negocio jurídico personalísimo (*supra*, n° 25, 3).

## 2. Incapacidad para testar por defecto mental

La ley consagra dos reglas en relación con esta segunda incapacidad para disponer por testamento: en primer término, no puede testar el entredicho por defecto intelectual (ord. 2° del art. 837 CC); y en segundo lugar, tampoco puede hacerlo quien no se encuentre en su sano juicio (ord. 3° del art. 837 CC)[36].

A. *Incapacidad por causa de interdicción* (ord. 2° del art. 837 CC): Quien ha sido declarado entredicho por defecto intelectual (art. 393 y sigs. CC) está incapacitado para testar, desde el mismo día del decreto judicial de interdicción provisional (art. 403 CC), hasta el del decreto judicial de revocación de la interdicción (art. 407 CC).

---

33 Al respecto, *cfr.*: Lepointe, *op. cit.*, n° 204, p. 157.

34 Así, la capacidad para testar se establece en los *diez seis años*, en el CC alemán (art. 2.229); a los *catorce*, en el CC español (art. 663), aunque únicamente la persona de mayor edad puede otorgar testamento ológrafo (art. 688); a los *diez y seis*, en el CC francés y en el belga (art. 903), pero con la peculiaridad de que el individuo que ya ha cumplido dicha edad pero no tiene aun diez y ocho años, sólo puede disponer por testamento de la mitad de su patrimonio disponible (art. 904); a los *diez y ocho* años en el CC italiano de 1865 (art. 763), el cual fijaba la mayoridad a los veinte y un años (art. 323); etc. En cambio, el vigente CC italiano (art. 591), señala que para testar se requiere ser de mayor edad, si bien es cierto que ahora ésta se alcanza a los diez y ocho años (art. 2).

35 La regla de los diez y seis años, como edad mínima necesaria para testar, es tradicional en nuestra legislación. Al respecto, *cfr.*: ord. 1° del art. 826 CC de 1922 y de 1916; ord. 1° del art. 737 CC de 1904; ord. 1° del art. 731 CC de 1896; ord. 1° del art. 713 CC de 1880; ord. 1° del art. 707 CC de 1873. Empero, el CC de 1867 fijaba al respecto la edad de catorce años (art. 557); y el CC de 1862, se limitaba a exigir que el testador fuera púber (ord. 2° del art. 8 , Ley I, Título II, Libro Tercero).

36 La incapacidad para testar por insanía mental, también la establecía el Derecho Romano. Al respecto, *cfr.*: *Institutas*, II, XII, 1.

Dicha regla es absoluta y en consecuencia: i) no cabe alegar o probar al respecto que el entredicho llevó a cabo el acto en un intervalo lúcido; y ii) a los efectos de la declaración judicial de nulidad del testamento otorgado por el entredicho, basta demostrar que para la fecha del acto, existía el decreto de interdicción, sin que sea necesario presentar prueba adicional alguna de la insanía mental del testador, pues la misma se presume.

B. *Incapacidad por carencia de juicio sano* (ord. 3° del art. 837 CC): Tampoco puede testar válidamente –aunque no haya sido declarada entredicha– la persona que no esté en su sano juicio cuando realiza el acto de última voluntad[37].

La insanía mental que se requiere para que surja la incapacidad en cuestión, es la misma que ameritaría la interdicción del testador: ni más ni menos. Pero el caso en referencia comprende no sólo al demente no entredicho, sino también a cualquier otra persona privada de cordura en el momento de testar, como son los casos del individuo ebrio o bajo la acción de estupefacientes, del hipnotizado, del sonámbulo, etc.[38]. Por el contrario, no pueden considerarse incapaces para testar, en base a la previsión del ordinal 3° del art. 836 CC, las personas simplemente maniáticas, las de carácter meramente extraño o las iracundas, etc., a menos, claro está, que su juicio esté realmente perturbado en el momento de otorgar su acto de última voluntad.

La prueba de la insanía mental puede efectuarse por toda clase de medios legales, sin limitación alguna[39]. Y de manera similar, la parte interesada en sostener la validez del testamento, también puede comprobar por todos esos medios, que el testador obró en un intervalo lúcido.

---

37 La jurisprudencia ha señalado que no estar el testador en su sano juicio, significa que carece, en el momento de otorgar el testamento, de la facultad de deliberar y de decidir, necesarias para ese acto; al respecto, *cfr.: Inst.*, JTR, Vol. XVII, pp. 380-383. También ha establecido que la falta de juicio que incapacita para testar, no es de carácter sui géneris, sino que es la misma carencia de lucidez que inhabilita al sujeto para realizar cualquier otro acto jurídico; al respecto, *cfr.: Inst.*, JTR, Vol. XVI, pp. 461-462.

38 La jurisprudencia ha indicado que si se prueba que el testador *habitualmente* no estaba en su sano juicio dentro de determinado período –al cual corresponde la fecha de otorgamiento del testamento– éste puede ser declarado nulo aunque no se demuestre la falta de cordura en el momento preciso de dicho acto; salvo que la contraparte, a su vez, haya comprobado que el testador obró en un intervalo lúcido. Pero que si la insanía mental no es habitual, sino accidental o temporal (como la causada por enfermedad, accidente, embriaguez, etc.), es indispensable comprobar que existía en el momento mismo del otorgamiento del testamento, para que éste pueda declararse nulo; al respecto, *cfr.: Inst.*, JTR, Vol. XVI, pp. 461-462.

39 Existe sin embargo jurisprudencia, en el sentido de que el defecto mental susceptible de invalidar el testamento no puede demostrarse a través de apreciaciones personales y subjetivas de quienes no sean expertos; al respecto, *cfr.: Inst.*, JTR, Vol. XVI, p. 464.- Estamos de acuerdo con ello, siempre y cuando se trate en realidad de meras apreciaciones personales y subjetivas de testigos no expertos; pero mediante esa misma clase de testigos se puede perfectamente demostrar la insanía del testador, cuando ellos deponen sobre hechos y actos reales y objetivos que evidencian la demencia de aquél.

Desde luego, la insanía mental no puede considerarse desvirtuada por las declaraciones contenidas en el propio testamento, ya provengan ellas del testador o del funcionario o de los testigos que intervienen en el acto, relativas al estado de lucidez del primero. Por otra parte, la salud mental del testador no necesariamente depende de su salud corporal: el causante puede encontrarse incluso gravemente enfermo, sin haber perdido su plena cordura. Finalmente, la falta de juicio en el testador nada tiene que ver con los vicios que eventualmente pueden afectar su voluntad –el error, el dolo o la violencia– aunque éstos también sean causa de la nulidad del acto de última voluntad (*infra*, nos. 32 a 32-C y 78-A).

La declaración judicial de nulidad del testamento otorgado por dicho incapaz procede aunque no se haya promovido la interdicción del testador antes de su muerte; tampoco es necesario, a tales efectos, que la enajenación mental resulte o se ponga de manifiesto en el mismo acto de última voluntad. De ahí que la regla contenida en el art. 406 CC, según la cual los negocios jurídicos de una persona fallecida sólo pueden impugnarse cuando exista alguna de las dos condiciones antes señaladas, únicamente rige respecto de los que son *inter vivos* y no en relación con los testamentos. Lo antes dicho, por lo demás, es perfectamente comprensible y se justifica por una serie de razones.

En efecto: i) El acto entre vivos puede ser atacado por quien tiene interés en ello, tan pronto se lo realiza; el testamento, por el contrario, únicamente puede impugnarse después de la apertura de la sucesión del testador. ii) Cuando se ataca un acto *inter vivos* por supuesta insanía mental del autor, éste puede defender su validez; ello, en cambio, no sucede cuando se impugna el testamento por el mismo motivo, puesto que su autor ya ha fallecido para entonces. iii) La impugnación de un acto entre vivos puede y suele determinar grave perjuicio para terceros ajenos al mismo, que sin embargo han derivado algún derecho del acto en cuestión; en cambio, en materia de testamentos es poco factible que surja ese tipo de problemas e inconvenientes, pues su impugnación suele hacerse poco después de la apertura de la sucesión y antes de que terceras personas lleguen a adquirir derechos sobre bienes comprendidos en el patrimonio hereditario. Todo ello explica que el rigor del legislador cuando alude la impugnación de actos entre vivos por insanía mental –pero sin interdicción– de su autor, no tenga sentido en tratándose de actos de última voluntad[40].

Por el contrario, no son incapaces para disponer por testamento las personas que la ley considera simplemente *inhábiles*: el débil de entendimiento, cuyo estado no es tan grave que deba dar lugar a interdicción; el pródigo; el ciego de nacimiento o cegado durante su infancia; el sordomudo, si sabe y puede escribir (arts. 409-410 CC); independientemente de que exista o no respecto de ellas, decreto judicial de

40 En el mismo sentido, *cfr.*: Ricci, *op. cit.*, T. VII, nº 102, pp. 297-299; Polacco, *op. cit.*, T. I, pp. 199-201; Dominici, *op. cit.*, T. I, p. 526; Farrera, *op. cit.*, nº 92, c, pp. 88-89; etc.- El art. 489-1 CC francés, por lo demás, consagra de manera expresa lo antes dicho.

inhabilitación. Y ello en razón de que dichas personas no están comprendidas en los casos de incapacidad para testar determinados de manera restrictiva y excepcional en el art. 837 CC, como antes hemos indicado[41].

En todo caso, la persona declarada inhábil, sea por la ley o por la autoridad judicial, que desée otorgar testamento, puede y debe hacerlo sin asistencia o autorización alguna, dado el carácter personalísimo del acto (*supra*, n° 25, 3).

## 3. Incapacidad para testar por mudez o sordomudez de quien no sabe o no puede escribir

Tanto el ord. 4° del art. 837 CC como el art. 861 *ejusdem*, declaran incapaces para disponer por testamento a los sordomudos y a los mudos que no sepan o no puedan escribir.

> El Derecho Romano establecía la incapacidad para testar del absolutamente sordo o mudo (*Institutas*, II, XII, 3). Dicha incapacidad llegó a la legislación venezolana a través del CC chileno de Andrés Bello (ord. 5° del art. 1.005).

La razón de ser de esta incapacidad es clara: entre nosotros el testamento siempre tiene que constar por escrito (*supra*, n° 25, 4) y el testador debe firmarlo [arts. 856, 857 (regla 3a.), 865 (ap.), 870 y 875 CC y art. 55 (num. 4) del Reglamento de Notarías Públicas], a menos que no sepa o no pueda hacerlo; pero si se trata de alguna de estas últimas circunstancias, debe expresarse la causa de ello y el acto –por regla general– ha de ser suscrito por un tercero, a ruego del testador (art. 856 y ord. 5° del art. 857 CC y num. 5 del art. 55 del Reglamento de Notarías Públicas). Ahora bien, como el sordomudo y el mudo no pueden hablar, no tienen la posibilidad de manifestar de viva voz si su voluntad testamentaria corresponde o no realmente al documento que aparentemente la contiene; tampoco pueden explicar verbalmente por qué no firman dicho instrumento –si fuere el caso– ni tienen la posibilidad de designar de esa misma manera un firmante a ruego. Y si a lo dicho se agrega que el sordomudo o el mudo no sabe o no puede escribir, resulta que tampoco tiene la posibilidad de expresar por escrito nada de lo antes dicho. Todo ello imposibilita, de un lado, saber si el testamento en cuestión representa o no en verdad la última voluntad del sordomudo o del mudo; y, por otra parte, expone a uno y otro a ser víctimas de engaños y de fraudes.

Conviene tener en cuenta que dada la redacción de los referidos ord. 4° del art. 837 y art. 861 CC, es evidente que la incapacidad para testar en referencia existe aunque el sordomudo o el mudo sepan y puedan leer (pero no escribir), pues aún en dicho supuesto subsiste la imposibilidad de comunicación del testador con las demás personas que intervienen en el acto.

---

41 Por el contrario, en Roma, el legalmente inhábil era igualmente incapaz para testar; al respecto, *cfr.: Institutas*, II, XII, 2 y 4.

## 4. INCAPACIDAD PARA TESTAR DE MANERA CERRADA DE QUIEN NO SABE O NO PUEDE LEER

"Quienes no sepan o no puedan leer no podrán hacer testamento cerrado", dice el art. 859 CC. Dicha incapacidad para testar nos ha llegado del CC italiano de 1865 (art. 785), que –a su vez– la copió del *Código Napoleón* (art. 978).

Más adelante nos referiremos a los detalles del testamento cerrado (*infra*, nº 35); bástenos por ahora dejar sentado que es una de las maneras de testar autorizadas por el legislador venezolano, que se caracteriza por que su contenido es privado o secreto, es decir, conocido únicamente por el testador y por la persona que lo escribió, si fuere el caso.

La incapacidad que ahora nos ocupa, se explica muy fácilmente: la persona que no sabe o no puede leer, tampoco puede escribir su testamento, sino que necesariamente tiene que recurrir para ello, a la ayuda de un tercero; si dicho testador, por otra parte, no sabe o no puede leer, le resulta imposible verificar si lo escrito por ese tercero corresponde exactamente o no, a su voluntad; finalmente, cuando se trata de un testamento cerrado, el Notario y los testigos que intervienen en el acto, no tienen forma alguna de enterarse de su contenido y por ello, tampoco pueden saber si el documento en cuestión constituye o no el reflejo fiel de la intención del testador. En otras palabras, dadas las circunstancias de hecho que rodean al acto, éste fácilmente se presta al abuso y al engaño de su otorgante.

Existe la referida incapacidad para disponer por testamento, no sólo en los casos típicos del analfabeta, del ciego o de la persona que por enfermedad o por accidente ha cegado temporalmente; sino también cuando se trata de personas que no pueden o no saben leer el contenido de su supuesto acto específico de última voluntad, porque "únicamente leen letra impresa [siendo así que aquél está redactado a mano o en letra cursiva]... ó no poseen la lengua en que se escribió por otra persona el testamento"[42].

---

42 Dominici, *op. cit.*, T. II, p. 91 (paréntesis nuestro).

# CAPÍTULO VI
# SUCESIÓN TESTAMENTARIA
# (Continuación)



## 30. CAPACIDAD PARA RECIBIR POR TESTAMENTO

La capacidad para recibir por testamento igualmente se conoce con el nombre de *testamentifacción pasiva*[1].

En lo tocante a esta materia nuestro legislador ha querido también reiterar el principio de Derecho común, de acuerdo con el cual la capacidad es la regla y la incapacidad es la excepción. En tal sentido, dice el art. 839 CC: "Pueden recibir por testamento todos los que no estén declarados incapaces de ello por la ley". Por consiguiente –como ya hemos indicado anteriormente en varias oportunidades– la carga de la prueba de dicha incapacidad recae exclusivamente sobre quien la alega; y las normas legales que la establecen, deben ser interpretadas restrictivamente y nunca pueden extenderse por vía de analogía, toda vez que son de carácter excepcional.

---

1 Igualmente en el Derecho Romano, a la *testamenti factio* (activa) del causante, debía corresponder la *testamenti factio* (pasiva) del instituído para que el testamento pudiera surtir sus efectos.- Al respecto, *cfr.*: Ulpiano (*Reglas*), XXII, 1; *Institutas*, II, XIX, 4.

A los efectos de la testamentifacción pasiva –contrariamente a lo que sucede en materia de incapacidad para disponer por testamento (*supra*, nº 29)– la regla general es que se debe atender a la situación que exista en el momento de la apertura de la sucesión, que es precisamente cuando nace el *jus delationis* en favor del instituido heredero o legatario. De acuerdo con ello, para suceder de manera testada, sólo se necesita –en principio– tener capacidad en el momento de la muerte del causante, siendo irrelevante que el instituido hubiera o no sido capaz de recibir en la fecha de otorgamiento del testamento (o en cualquier otro momento comprendido entre la misma y la de la apertura de la sucesión)[2]. Sin embargo existen tres casos excepcionales, en los que la incapacidad para recibir por testamento se basa en la situación existente para la fecha de otorgamiento del testamento y no la que pueda plantearse en el momento de la apertura de la sucesión: son los previstos en los arts. 844, 846 y 847 CC, que poco más adelante revisaremos (*infra*, nos. 30-D y 30-F).

La disposición testamentaria que beneficie a una persona carente de testamentifacción pasiva, es nula (art. 848 CC) (*infra*, nº 30-G).

La incapacidad para recibir por testamento, puede ser absoluta o relativa: es *absoluta*, cuando la persona afectada por ella no puede suceder a nadie, en forma testamentaria; y es *relativa*, cuando la incapacidad sólo existe entre el afectado y otra persona específicamente determinada, pero sin que aquél esté impedido de ser instituido por otras. A su vez, la incapacidad absoluta puede ser *para heredar y para recibir legados o sólo para heredar*. La incapacidad relativa, por su parte, puede ser *total* o *parcial*, según que el incapaz no pueda recibir por testamento absolutamente nada, de la persona en relación con la cual existe su incapacidad o que el incapaz no pueda recibir de dicha persona más de cierta medida del patrimonio hereditario.

Las causas de la incapacidad para suceder de manera testada, son: 1) las mismas que determinan incapacidad para suceder *ab intestato*; 2) la que afecta a las Iglesias de cualquier credo y a los institutos de manos muertas; 3) la que afecta a los ordenados *in sacris* y a los ministros de cualquier culto; 4) la que afecta al tutor; 5) la que afecta al cónyuge sobreviviente en segundas o ulteriores nupcias; y 6) las que afectan a los funcionarios y otras personas que intervienen en el otorgamiento o en la redacción del testamento.

2 La doctrina de los países cuya legislación es semejante a la nuestra, está de acuerdo sobre el particular. Al respecto, *cfr.*: Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. VI, nº 136, pp. 364-367; Ricci, *op. cit.*, T. VII, nº 114, pp. 340-341; Cicu, *op. cit.* (*Testamento*), pp. 231-233; etc.- En otros países, su legislación lo consagra de manera expresa. Así: art. 758 CC español; art. 906 CC francés; etc.

## 30-A. CAUSAS DE INCAPACIDAD PARA RECIBIR POR TESTAMENTO COMUNES A LA INCAPACIDAD PARA SUCEDER DE MANERA INTESTADA

El art. 840 CC, dispone que "son incapaces para recibir por testamento los que son incapaces para suceder *ab intestato*". En el Capítulo III hemos visto que las causas de la incapacidad para suceder *ab intestato* son la *falta de existencia* y la *indignidad.*

A. Ya sabemos que la incapacidad para suceder por falta de existencia puede derivar, a su vez, de las siguientes circunstancias: *no estar concebido* para la fecha de apertura de la sucesión (art. 809 CC); haber *nacido muerto* (aplicación del art. 17 CC); haber *premuerto* al causante (arts. 953 y 994 CC); y haber sido *declarado ausente* (art. 441 CC) (*supra*, n° 14).

La incapacidad para suceder por falta de existencia, es siempre absoluta y el afectado por ella *nada puede recibir a título de herencia ni tampoco a título de legado.*

Las mismas reglas sobre incapacidad para suceder *ab intestato* por falta de existencia, se aplican igualmente a la testamentifacción pasiva, por mandato del art. 840 CC. En consecuencia, remitimos al lector a lo antes expuesto sobre el particular (*supra*, n° 14) y nos limitaremos aquí a señalar dos peculiaridades que sobre la materia, se plantean en la sucesión testamentaria.

a) *Excepción relativa al no concebido.*

El ap. del art. 840 CC consagra una importantísima excepción a la incapacidad para suceder que afecta al *nondum conceptus* para la fecha de apertura de la sucesión: "pueden recibir por testamento los descendientes inmediatos, es decir, los hijos de una persona determinada que viva en el momento de la muerte del testador, aunque no estén concebidos todavía".

> Dicha excepción no es de origen romano. No existe en el Derecho francés, ni en el Derecho español. Parece haber surgido en el Derecho italiano anterior a la codificación, de donde la tomaron los CC de Cerdeña, de Parma y de Este. De allí pasó al CC italiano de 1865 (ap. del art. 764); y continúa vigente en el CC de Italia de 1942 (ap. del art. 462).
> Existe en Venezuela desde el CC de 1873[3].

En la Relación presentada en 1863 por Pisanelli al Senado de Italia, se le da la siguiente explicación: "Esta excepción se estableció porque en el [Proyecto de] Código está prohibida toda sustitución fideicomisaria aun de primer grado. Puede ocurrir que la persona a la que debería ir la sucesión haya tenido una conducta reprobable respecto del testador o haya perdido en otra forma su confianza, sin alterar sin embargo, su afecto de familia. Si aquella persona tuviese ya hijos, nadie duda de

---

3 Ap. del art. 709 CC de 1873; ap. del art. 715 CC de 1880; ap. del art. 733 CC de 1896; ap. del art. 739 CC de 1904; ap. del art. 828 CC de 1916 y de 1922.

que el testador ejercería sus liberalidades respecto de éstos; no teniéndolos parece que no se pueda impedir al testador prever el caso de que sobrevengan hijos para disponer a su favor en lugar de hacerlo a favor de extraños. Pero aun en el caso de que ya existieran hijos de la misma persona, se quiere permitir al testador que prevea el que sobrevengan otros para mantener entre todos aquella igualdad de trato que constituye su intención. Tal facultad fue ya acordada por el Código sardo y no dio lugar a inconvenientes. Se usó de ella raras veces. Esto ocurrió en algún caso en las sucesiones de los ascendientes, cuando el hijo de primer grado, disipador, hacía temer que no sólamente no habría provisto a la educación de la prole sino que la habría abandonado a la miseria o al sostén incierto de los parientes"[4].

A nuestro juicio, las excepciones (como la del referido ap. del art. 840 CC) a principios legales rectores y básicos (como el contenido en los arts. 17 y 18 CC, que gobiernan todo lo concerniente a la capacidad de goce de las personas naturales), requieren –para poder justificar su existencia– una base muy sólida y una importancia rayana en lo trascendental. De ahí que pensemos, que ya a mediados del siglo XIX y en Italia, no tenían sentido alguno las indicadas explicaciones de Pisanelli, puesto que no se puede legislar en base a circunstancias de índole particular –y por lo demás tan rebuscadamente complicadas– como las aludidas por él; y todo ello sin tomar en cuenta otra consecuencia obligada del funcionamiento de la excepción en referencia: los graves inconvenientes que derivan para las personas afectadas –en particular– y para la sociedad –en general– del entrabamiento y de la inmovilización del patrimonio hereditario por un lapso que puede llegar a ser considerable.

Todavía menos justificación y sentido puede tener la norma en comentario, en un CC sudamericano de la época actual, como es el nuestro. Y si además tomamos en cuenta que –contrariamente al CC italiano de 1865– el CC venezolano admite la sustitución fideicomisaria (art. 963) (*infra*, n° 69-B), tenemos necesariamente que concluir que la excepción en cuestión carece en nuestro medio, de todo fundamento racional.

El funcionamiento de la la excepción prevista en el ap. del art. 840 CC requiere la existencia de dos supuestos de hecho, a saber: i) que los instituidos por el testador sean *hijos* (por concebir) de una persona determinada; y ii) que esa persona determinada, a su vez, *viva* para la fecha de apertura de la sucesión. La razón de ser de tales exigencias, es impedir que puedan prolongarse *ad aeternum* los inconvenientes antes aludidos, derivados de la paralización e inmovilización del patrimonio hereditario, que resulta de la institución del no concebido.

i) La norma legal es incluso redundante en su texto, a los efectos de dejar perfectamente aclarado que la misma se refiere, única y exclusivamente, a hijos

4 Citada por Polacco, *op. cit.*, T. I, pp. 248-249.

inmediatos –por concebir– y no a otros ulteriores descendientes de determinada persona.

Ahora bien ¿cuáles hijos pueden ser beneficiarios de la referida disposición? No cabe duda alguna de que ella comprende tanto a los matrimoniales (legítimos) como a los extramatrimoniales (naturales) de la persona señalada por el testador; ¿pero qué decir respecto de los hijos adoptivos de esa misma persona? De conformidad con las previsiones de los arts. 425-427 LOPNA (equivalentes, por lo demás, a los arts. 54-57 de la Ley de Adopción de 1983 y a los arts. 57, 58 y 61 de la Ley sobre Adopción de 1972), la condición jurídica del adoptado en adopción actual, es exactamente igual a la de un hijo de sangre del adoptante; lo cual nos obliga a concluir que la excepción que estudiamos también incluye y comprende a dicho adoptado (salvo –desde luego– que el testador lo haya excluido) y ello, aunque la adopción en cuestión se efectúe con posterioridad a la apertura de la sucesión de que se trate[5]. En cambio, estimamos que el adoptado en adopción antigua, no puede considerarse incluido en la referida excepción, puesto que la misma creaba entre adoptante y adoptado un vínculo familiar sui géneris y no equivalente al que deriva de la filiación (art. 58 de la Ley de Adopción de 1983; art. 62 de la Ley sobre Adopción de 1972; y arts. 246-260 CC original de 1942): aunque es prácticamente imposible que en la actualidad pueda plantearse ese caso.

ii) A fin de que sea válida la institución del *concepturus*, la persona determinada que haya de ser su padre o su madre, tiene que estar viva para la fecha de apertura de la sucesión. No basta que esté solamente concebida para ese momento, pues en este caso no cabe aplicar la disposición del art. 17 CC, según la cual "el feto se tendrá por nacido cuando se trate de su bien", ya que no estamos ante un caso concerniente al bien o al mal del feto en cuestión –que no es el instituido por el testador– sino de los hijos que eventualmente llegue a procrear el mismo, en el supuesto hipotético de que llegue a nacer vivo[6].

Desde un punto de vista técnico-jurídico, la institución del *nondum conceptus*, es una disposición testamentaria sometida a la doble condición suspensiva de que el beneficiario de la misma sea efectivamente concebido y de que nazca vivo. Por esa razón, el art. 925 CC establece que el régimen de administración del patrimonio hereditario, hasta que el instituido nazca, es el mismo que consagran los arts. 922-924 CC, en general, para la administración de la herencia durante el período *pendente*

---

5 En el mismo sentido, *cfr.*: Cicu, *op. cit.*, (Testamento), p. 238; Messineo, *op. cit.*, T. VII, n° 183, p. 108.- Contra: Ricci, *op. cit.*, T. VII, n° 116, p. 345.

6 La doctrina está de acuerdo al respecto; *cfr.*: Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. VI, n° 69, p. 176; Ricci, *op. cit.*, T. VII, n° 116, pp. 346-347; Polacco, *op. cit.*, T. I, p. 248; Cicu, *op. cit.*, (*Testamento*), p. 237; etc.

*conditione*, en cualquier caso de institución de heredero bajo condición suspensiva[7]; más adelante estudiaremos ese régimen (*infra*, n° 58, C) . Cumplida dicha doble condición, sus efectos se retrotraen a la fecha de apertura de la sucesión (*infra*, n° 57-B), motivo por el cual el instituido se hace titular no sólo del patrimonio dejado por el causante, sino también de todos los frutos que el mismo haya producido durante el período comprendido entre la fecha de apertura de la sucesión y la de su nacimiento.

La situación del patrimonio hereditario, mientras el *nondum conceptus* instituido no haya sido concebido y no nazca –igual que en todo otro caso de institución de heredero bajo condición suspensiva– es similar (aunque no idéntica) a la de la herencia yacente (art. 926 CC), a la cual nos referiremos más adelante (*infra*, Capítulo XXI); y la misma se mantiene hasta que sean concebidos y nazcan todos los instituidos de esa manera o hasta que se pueda tener plena seguridad de que ya no podrán nacer. En consecuencia, si se ha instituido a todos los hijos que eventualmente pueda tener determinada persona, habrá que esperar a que ésta fallezca (e incluso, si se trata de un varón, a que transcurran trescientos días más), para que quede debidamente clarificada la situación sucesoral de la herencia en cuestión (art. 201 CC).

b) *Institución de personas jurídicas inexistentes para el momento de apertura de la sucesión.*

Mediante testamento se puede hacer instituciones a título universal y a título particular, en favor de personas tanto naturales como jurídicas[8]. No es irrazonable pensar que las instituciones testamentarias de personas jurídicas únicamente podrían ser válidas y eficaces si el ente beneficiario de ellas ya tiene existencia y personalidad jurídicas en el momento de la apertura de la sucesión de que se trate, puesto que resulta difícil admitir la titularidad de derechos (y, eventualmente, de obligaciones) por algo que carece de entidad desde el punto de vista legal[9]. Mas no es exactamente así.

En efecto, por razones de conveniencia y de utilidad social, la doctrina está generalmente de acuerdo en que el testador puede disponer en favor de entes jurídicos de carácter lícito, tales como asociaciones, corporaciones, fundaciones e incluso sociedades

---

7 En consecuencia, aunque el citado art. 925 CC no lo diga, es obvio que si la institución del *concepturus* es sólo a título particular (legado), también procede aplicar la norma del art. 921 CC, de acuerdo con el cual puede obligarse a la persona encargada de cumplir una manda dispuesta bajo condición suspensiva, a dar caución u otra garantía de tal cumplimiento (*infra*, n° 58, B).

8 En cambio, el Derecho Romano original, trataba a las personas morales como incapaces para recibir por testamento, por estimarlas –en ese sentido– personas inciertas; al respecto, *cfr.*: *Código*, VI, XLVIII, D. Ese principio sufrió ulteriormente una serie de excepciones.

9 Desde luego, la eventual incapacidad para suceder por testamento, de personas jurídicas no existentes para el momento de la apertura de la sucesión, no podría basarse en la previsión del ap. del art. 840 CC, referida al art. 809 *ejusdem*. En efecto, cuando esas disposiciones utilizan el término "concebidos", se refieren únicamente a las personas naturales, ya que ese vocablo no tiene sentido en relación con los entes morales; y, por otra parte, el contenido de dichas normas no puede extenderse por analogía a las personas jurídicas, toda vez que al ser de carácter excepcional (respecto de la regla general que establece el art. 839 CC), su interpretación y aplicación deben hacerse con criterio restrictivo.

civiles o de comercio, que no existen o que carecen de personalidad jurídica para la fecha de su muerte, pero cuya organización, constitución o legalización aquél prevé, ordena o establece en su acto de última voluntad; y ese criterio doctrinal encuentra fuerte respaldo en la previsión del penúlt. ap. del art. 19 CC, que consagra la creación (y, en consecuencia, la dotación económica) de fundaciones, mediante testamento. Lo que no cabría admitir es la validez de la disposición testamentaria en favor de entes morales inexistentes para la fecha de apertura de la sucesión y cuya creación o constitución tampoco prevea u ordene el causante, pues ese tipo de instituciones contradice claramente el requisito de la certeza del beneficiario, exigido por el art. 898 CC (*infra*, nº 57-B) y expone, además, al patrimonio hereditario, a una inmovilidad que podría ser indefinida y que es absolutamente contraria al interés social[10].

Las instituciones testamentarias a las cuales nos estamos refiriendo, pueden hacerse de variadas maneras. El causante podría instituir heredero o legatario, con el encargo y la obligación de organizar y constituir (o legalizar) determinado ente jurídico, al cual el mismo testador instituye igualmente como heredero o como legatario suyo: en este caso el heredero o el legatario gravado con dicho encargo, habría sido instituido bajo condición o *sub modo* por el testador, dependiendo de la manera como éste se exprese (*infra*, nos. 57, 57-B y 57-C). También puede el testador nombrar un ejecutor testamentario o albacea (arts. 967-985 CC) y darle la atribución de organizar y constituir (él sólo o con el concurso de otras personas también determinadas), una entidad moral cuyo objeto, caracteres, etc., se precisan en el testamento; la cual entidad, a su vez, es instituida como heredera o como legataria.

Desde luego, tales instituciones del causante serían nulas y quedarían sin efecto alguno, si el ente jurídico cuya creación, organización o legalización se ordena en el testamento, está prohibido por la ley o si su objeto es contrario al orden público o a las buenas costumbres (*infra*, nº 78).

B. La segunda de las incapacidades para suceder *ab intestato*, que igualmente funciona en materia de testamentifacción pasiva, es la *indignidad* del sucesor.

Ya sabemos que la incapacidad para suceder por causa de indignidad, resulta de las siguientes circunstancias: *delito intencional* que exceda de seis meses de prisión, contra el causante o contra su cónyuge, su descendiente, su ascendiente o su hermano (ord. 1° del art. 810 CC); *adulterio* con el cónyuge del causante (ord. 2° del art. 810 CC); y *negativa a cumplir el deber alimentario* con el causante (ord. 3° del art. 810 CC) (*supra*, nº 15-A).

---

10 Al respecto, *cfr.*: Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. VI, nos. 72-73, pp. 185-222; Ricci, *op. cit.*, T. VII, nos. 118-119, pp. 352-357; De Ruggiero, *op. cit.*, T. II, Vol. II, pp. 448-451; Messineo, *op. cit*, T. VII, nº 183, pp. 111-113; Polacco, *op. cit.*, T. I, pp. 260-265; Cicu, *op. cit.* (*Testamento*), pp. 241-243; Sanojo, *op. cit.*, T. II, nº 248, p. 216; etc.- *Contra*: Farrera, *op. cit.*, nº 98, pp. 94-95. También existe entre nosotros jurisprudencia de instancia contraria: JTR, Vol. III, pp. 160-161.

La incapacidad para suceder por indignidad, es *relativa y total*, pues el afectado por ella nada puede recibir por testamento de la persona respecto de la cual es incapaz.

Las mismas reglas sobre incapacidad para suceder *ab intestato* por indignidad, se aplican igualmente a la testamentifacción pasiva, por mandato del art. 843 CC. En consecuencia, remitimos al lector a lo antes expuesto sobre el particular (*supra*, nos. 15 a 15-C).

Unicamente cabe agregar dos particularidades al respecto. La primera de ellas, que figura en el art. 842 CC, estriba en que cuando el indigno es heredero legitimario del testador, la porción legítima de la herencia que en todo caso debiera corresponderle –de no existir la indignidad– pasa y beneficia a sus descendientes: se trata de una aplicación especial, en materia de sucesión testamentaria, del principio general consagrado en el art. 813 CC para la sucesión intestada. La segunda peculiaridad consiste en que, cuando el testamento en el cual se instituye al incapaz por indigno, es otorgado en forma auténtica y con posterioridad a la ocurrencia del acto o a la omisión determinantes de la indignidad, ello debe interpretarse –por sí mismo– como un perdón tácito de la falta cometida y, por ende, como una rehabilitación del indigno; salvo que se pruebe que el causante, cuanto testó, no conocía la indignidad de la persona a quien instituía (*supra*, nº 15-C).

## 30-B. Incapacidad de las Iglesias de cualquier credo y de los institutos de manos muertas

Esta incapacidad la establece el ord. 1° del art. 841 CC. A los fines de la cabal comprensión de lo que expondremos a continuación, creemos conveniente hacer un rápido repaso de la evolución histórica de dicha disposición legal.

Nuestro primer CC (de 1862) nada establecía sobre el particular. En cambio, el art. 562 CC de 1867, señalaba que "las *iglesias y cabildos eclesiásticos*, las municipalidades, los establecimientos de hospitalidad, beneficencia e instrucción pública y todos los cuerpos o asociaciones que se comprenden bajo la denominación de *manos muertas, no pueden adquirir por testamento, bienes inmuebles de ninguna especie*". El CC de 1873 (art. 710) amplió bastante el alcance de la prohibición, al decir: "Son igualmente incapaces [para recibir por testamento] las *Iglesias...*". Tal redacción se mantuvo inalterada en los CC de 1873 (art. 716), de 1896 (art. 734) y de 1904 (art. 740). Finalmente, el art. 829 CC de 1916, dispuso: "Son igualmente *incapaces de heredar* por testamento: 1° Las *Iglesias de cualquier credo* y los *Institutos de manos muertas...*"; texto ése que copiaron literalmente el CC de 1922 (art. 829) y el CC de 1942 (art. 841). Por lo demás, la aludida disposición del CC de 1916 (de donde deriva la vigente en la actualidad, como acabamos de decir), fue el resultado de una especie de arreglo transaccional al cual se llegó en la Cámara de Diputados del Congreso Nacional, entre los legisladores partidarios de eliminar por completo la incapacidad en cuestión y los defensores de la misma[11].

11 Al respecto, *cfr.*: A. Pietri, hijo, *El Código Civil de 1916*, Lit. Comercio, Caracas, 1916, pp. 220-230.

A. Desde luego, el origen remoto de la incapacidad legal de las *Iglesias* para recibir por acto a título gratuito, fue la reacción, en las legislaciones europeas –notable sobre todo desde fines del siglo XVIII– contra el carácter semi-religioso que antes había adquirido el testamento y contra la influencia ejercida por la Iglesia Católica sobre los testadores, para que destinaran parte de su patrimonio hereditario a obras pías o de beneficencia (*supra*, nº 24, *in fine*)[12].

Dominici señala que, en Venezuela, la prohibición en referencia "tiene por objeto impedir que se estanque la riqueza en *manos muertas*"[13] y Farrera apoya tal opinión[14]. A nuestro modo de ver, ese criterio es absolutamente infundado: si alguna vez, en el remoto pasado, las "Iglesias" en general y particularmente la Católica, pudieron ser consideradas como entes de manos muertas, lo cierto es que desde hace ya tiempo considerable, habrían dejado de serlo. En efecto, como poco más adelante aclararemos, lo que caracteriza a las entidades de "manos muertas", es la prohibición que las afecta, de acuerdo con sus propias reglas, de enajenar los bienes inmuebles que les pertenezcan; lo cual no sucede con las " Iglesias"[15]. En consecuencia, si ha de señalarse alguna razón más o menos lógica, para la existencia de la incapacidad en referencia, ella no podría ser otra que la trasnochada consideración de que no es conveniente que las "Iglesias" puedan efectuar adquisiciones a título gratuito, puesto que ello implicaría agregar más poder temporal a su ya considerable poder espiritual.

Pero para poder precisar el alcance y contenido de la expresada incapacidad para recibir por causa de muerte, es indispensable aclarar lo que el ord. 1° del art. 841 CC quiere decir con el término "Iglesias".

Para Dominici, que comentaba el CC de 1896, la palabra "Iglesias" (en el art. 734 de dicho CC), tenía una serie de acepciones: "llamanse así las congregaciones de fieles cristianos, ó el conjunto de cabildos y personas eclesiásticas de una Nación ó de una diócesis, por lo que se dice: *Iglesia latina, Iglesia griega, Iglesias reformadas y* aún *Iglesia española, Iglesia francesa, Iglesia venezolana*, etc., y se denominan también Iglesias los templos cristianos. Como la palabra está escrita en el artículo con mayúscula, creemos que significa más bien *congregaciones*, y en ese concepto ó en el de templos cristianos todas las que tengan ó puedan tener esos caracteres"[16]. Concepto ése

---

12 Así, por ejemplo, el Decreto de 2 de noviembre de 1789, de la Asamblea Nacional Constituyente de Francia, que significó la pérdida de la personalidad civil de la Iglesia y de sus diferentes establecimientos, determinó, como consecuencia obligada, la incapacidad general tanto de goce como de ejercicio, para una y otros, incluyendo –por supuesto– la posibilidad legal de recibir por testamento.

13 Dominici, *op. cit.*, T. II, p. 63.

14 Al respecto, *cfr.*: Farrera, *op. cit.*, nº 100, p. 95.

15 Así, los cánones 1.291-1.298 del vigente Código de Derecho Canónico (cuyas reglas no constituyen novedad alguna en ese cuerpo legal, pues ya existían en la legislación anterior), contiene las reglas concernientes a la enajenación de bienes muebles o inmuebles propiedad de la Iglesia Católica.

16 Dominici, *op. cit.*, T. II, p. 63.

ciertamente confuso en su expresión, pero que parece significar, en definitiva, que para dicho comentarista el término "Iglesia", tiene dos acepciones en la norma que nos ocupa, ambas afectadas por la incapacidad para recibir por testamento: primera, congregación de fieles cristianos; y segunda, templos cristianos (aparentemente Dominici sólo descarta del término en referencia, su acepción de "conjunto de cabildos o personas eclesiásticas de una Nación o de una diócesis"). La opinión de Dominici es compartida por Farrera, quien se limita a agregar, para ajustar la interpretación de la norma a su redacción actual, que la palabra "Iglesia" comprende también los "templos o congregaciones pertenecientes a cualquier otra religión profesada en Venezuela"[17].

Discrepamos parcialmente de las opiniones antes señaladas. En efecto, de conformidad con el art. 9 CN, el idioma oficial de Venezuela es el castellano o español; en consecuencia el sentido que debe darse a las palabras que figuren en cualquier texto legal patrio, es el que les corresponda en dicho idioma; por otra parte, el significado oficial de las dicciones castellanas, es el indicado al respecto en el Diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia.

Ahora bien, de acuerdo con dicho Diccionario, la palabra "iglesia", tiene diez acepciones primarias diferentes, a saber: i) congregación de los fieles cristianos, regida por el Papa; ii) conjunto del clero y del pueblo de un país; iii) estado eclesiástico que comprende todos los ordenados; iv) gobierno eclesiástico general; v) cabildo de catedrales o colegios; vi) diócesis; vii) conjunto de los súbditos de una diócesis; viii) las distintas sectas cristianas que se han separado de la Iglesia Católica; ix) templo cristiano; y x) inmunidad del que se acoge a lo sagrado de un templo cristiano.

De ello podemos sacar una primera conclusión: en principio y exceptuando únicamente la referencia a otros credos diferentes del cristiano, que luego hacemos en base al propio texto de la norma en comentario, no es dado admitir legítimamente, que la misma pueda aludir –con su término "Iglesias"– a otras cosas o a otros entes no comprendidos en la precedente enumeración, puesto que ello implicaría dar a una norma de carácter excepcional, una interpretación no restrictiva.

Por otra parte, como la palabra "Iglesias" que figura en el ord. 1° del art. 841 CC aparece con mayúscula, resulta obvio que –contrariamente a lo sostenido por Dominici y Farrera– el legislador no quiso referirla a los "templos". Estos, desde luego, no pueden suceder por testamento a nadie, pero ello no resulta de las normas del art. 841 CC, sino de la circunstancia de que careciendo, como carecen, de personalidad jurídica, no pueden ser titulares de derechos ni de obligaciones[18].

Esto que acabamos de decir, por lo demás, nos obliga también a excluir del concepto de "Iglesias", a todas las indicadas acepciones de dicho término que no corresponden

17 Farrera, *op. cit.*, nº 102, p. 96.

18 En el mismo sentido, *Cas.*: M. 1936, p. 252.

a entidades con personalidad jurídica, es decir, las anteriormente identificadas con los números romanos ii), iii), iv), vii) y x).

Por ende, a los efectos de la disposición legal en examen, debe considerarse que son "Iglesias", los siguientes cuerpos morales: en primer lugar, la congregación de los fieles cristianos regida por el Papa, es decir la *Iglesia Católica*, cuya personalidad jurídica está reconocida por el ord. 2° del art. 19 CC y por el art. IV del Convenio de 1964, celebrado por Venezuela y la Santa Sede; en segundo término, los *cabildos o capítulos catedrales y las diócesis*, cuyas respectivas personalidades jurídicas reconoce también el art. IV del citado Convenio[19]; en tercer lugar, las distintas *Iglesias cristianas separadas de Roma*, tanto sismáticas como protestantes, cuyas correspondientes personalidades jurídicas igualmente reconoce el ord. 2° del art. 19 CC. Finalmente, son asimismo "Iglesias" –por extensión– todas y cada una de las *congregaciones de fieles de religiones distintas de la cristiana, que funcionan bajo determinada dirección*, tales como la judía, la musulmana, etc. (cuyas personalidades jurídicas están asimismo reconocidas por el ord. 2° del art. 19 CC), ya que el ord. 1° del art. 841 CC indica categóricamente que su texto concierne a las "Iglesias de *cualquier credo*".

Como no corresponde, pues, el concepto de "Iglesias", a otros institutos, entidades, organizaciones, asociaciones, sociedades, etc., con personalidad jurídica –aunque sean de índole religiosa– ellos no están afectados por la incapacidad para recibir por testamento que ahora estudiamos, puesto que tratándose, como se trata, de una norma de carácter excepcional (art. 839 CC), su interpretación y aplicación tiene que ser hecha de manera rigurosamente restrictiva (*supra*, n° 30)[20].

B. A los efectos de la misma incapacidad para recibir por testamento, no existe confusión o problema alguno en cuanto a la determinación de lo que debe entenderse por "Instututos de manos muertas", puesto que su definición aparece en el ap. del art. 1.144 CC: son aquellas personas jurídicas que, de conformidad con sus leyes o reglamentos, no pueden enajenar los inmuebles que adquieran.

Tal incapacidad suele explicarse por los inconvenientes de tipo político, económico y social, que derivaron en el pasado de entidades de ese tipo, como consecuencia de la extraordinaria acumulación de riqueza de que llegaron a ser titulares; del

---

19 Cabildo o capítulo catedral o catedralicio, es un colegio de sacerdotes, al cual corresponde celebrar las funciones litúrgicas más solemnes en la iglesia catedral de una Diócesis y cumplir cualesquiera otras funciones que le asigne la ley eclesiástica o le encomiende el respectivo Obispo. Al mismo se refieren las disposiciones de los cánones 503-510 del Código de Derecho Canónico.

Diócesis es un distrito o territorio eclesiástico que se encuentra bajo la jurisdicción espiritual de un Obispo; se define canónicamente como una porción de la congregación de fieles católicos de determinada nación, cuyo cuidado pastoral se encomienda al Obispo, con la colaboración del respectivo presbiterio. A las diócesis se asimilan la prelatura territorial, la abadía territorial, el vicariato apostólico, la prefectura apostólica y la administración apostólica erigida de manera estable. A ellas se refieren los cánones 368-374 del Código de Derecho Canónico.

20 En el mismo sentido, *Cas.*: M. 1936, p. 252.

considerable poder que ello les daba; y del resultante entrabamiento de la propiedad inmobiliaria.

En todo caso y a nuestro modo de ver, no tiene ya sentido ni justificación en los tiempos actuales la aludida incapacidad, en lo tocante a las Iglesias ni en lo concerniente a los institutos de manos muertas, al temor por los cuales ya Sanojo calificaba como "fantasma", en 1867[21].

De acuerdo con el texto claro y preciso del ord. 1° del art. 841 CC, dicha incapacidad es *absoluta* pero *sólo para heredar*: es decir, las Iglesias y los institutos de manos muertas no pueden ser instituidos como herederos por persona alguna; en cambio, sí pueden recibir legados[22].

Pensamos que el antes aludido acuerdo transaccional, a que llegaron los legisladores de 1916, para redactar la norma tal como aun subsiste, debió tener como razón de ser que no se permitiera designar a las Iglesias e institutos de manos muertas como herederos testamentarios, en razón de que –en términos generales– tales instituciones universales eran, de hecho y en definitiva, las que abarcaban la mayor parte del patrimonio del causante o al menos una porción muy considerable del mismo; pero que, en cambio no había suficientes motivos para impedir que dichas Iglesias e institutos pudieran ser instituídos testamentariamente a título particular, toda vez que el provecho económico que en la práctica derivarían de ello –también en términos generales– debía ser de muy inferior significación. Desde luego, esa forma de razonar deja por completo de lado la circunstancia de que es perfectamente posible, mediante institución de legados, disponer de una porción importante del patrimonio hereditario y aun agotar éste. De ahí que debamos llegar a la conclusión de que el propósito e intención del legislador al consagrar la incapacidad, fue de sólo permitir la institución de legados en favor de Iglesias e institutos de manos muertas, cuando el beneficio que se deriva de ellos es relativamente pequeño, en relación con el monto total del patrimonio dejado por el *de cujus*; y que, en consecuencia, el legado o los legados que excedan de ese límite impreciso, deben considerarse nulos por constituir un fraude a la ley. Desde luego, la apreciación y determinación del límite en cuestión, es de la soberana competencia del

---

21 Al respecto, *cfr.*: L. Sanojo, *Juicio sobre el Código Civil*, citado por J.L. Sánchez, *Las Personalidades Jurídicas de la Iglesia en el Convenio de 1964 con la Santa Sede*, El Cojo, Caracas, 1972, pp. 112-113.

De entre los países europeos cuya legislación civil conocemos, sólo en los CC de España (art. 752) y de Portugal (art. 1.781) encontramos una norma más o menos equivalente a la del ord. 1° del art. 841 CC venezolano. También existe –aunque no con igual extensión ni contenido– en los CC de diversos estados latinoamericanos: Argentina (art. 3.739); Colombia (art. 1.022); Costa Rica (art. 593); Chile (art. 965); Ecuador (art. 1.026); El Salvador (art. 966); Guatemala (art. 825);Honduras (art. 943); Panamá (art. 637); Nicaragua (art. 986); Uruguay (art. 839).

22 En el mismo sentido, *Cas.*: M. 1936, p. 250.

juez de instancia, cuya tarea, si no la lleva a cabo con el debido cuidado y delicadeza, lo expone también a una infracción de la norma contenida en el art. 839 CC[23].

Se ha dicho que la incapacidad para heredar por testamento que afecta a la Iglesia Católica, de acuerdo con lo establecido por el ord. 1° del art. 841 CC, quedó derogada por el art. IV del Convenio de 1964, celebrado por Venezuela y la Santa Sede, ya que su citada disposición reconoce a la Iglesia Católica como persona jurídica de carácter público e igualmente reconoce personalidad jurídica para los actos de la vida civil, a las diócesis, capítulos catedrales, seminarios, parroquias, órdenes, congregaciones religiosas y demás institutos de perfección cristiana, canónicamente reconocidos. De acuerdo con esa tesis, la referida incapacidad legal sólo afectaría en la actualidad a las Iglesias de otros credos y a los institutos de manos muertas, en general[24].

No compartimos ese criterio. Es verdad que un tratado internacional, como el referido Convenio celebrado con la Santa Sede, priva sobre la normativa del CC (art. 8° CPC); también es cierto que el art. IV de ese Convenio reconoce la personalidad jurídica de la Iglesia Católica y de las demás entidades religiosas que allí se mencionan; es asimismo incuestionable que no se puede tener capacidad de goce, si se carece de personalidad. Pero no es exacto lo contrario: de la circunstancia de que una persona natural o un ente moral tenga personalidad jurídica, no puede deducirse que necesariamente deba tener plena e irrestricta capacidad de goce; precisamente las incapacidades (tanto de goce como de ejercicio), sólo afectan a personas naturales y a entes morales con personalidad. Por otra parte, el referido art. IV del aludido Convenio, no consagra en forma alguna la plena capacidad de la Iglesia Católica y demás cuerpos religiosos allí señalados, para todos los actos de la vida civil: se limita a reconocerles su personalidad jurídica y ello, como acabamos de señalar, no significa ni puede entenderse como una derogatoria de todas las disposiciones del Derecho interno venezolano que establezcan incapacidades para la Iglesia u otros entes de carácter religioso, en relación con ciertos y determinados actos de la vida civil. Obsérvese, por lo demás, que las incapacidades para recibir por testamento que afectan al indigno (art. 840 CC) (*supra*, n° 30-A, 2), al tutor (art. 844 CC) (*infra*, n° 30-D), al ordenado *in sacris* o ministro de un culto (ord. 2° del art. 841 CC) (*infra*, n° 30-C), al cónyuge de segundas o ulteriores nupcias (art. 845 CC) (*infra*, n° 30-E) y a quienes intervienen en el otorgamiento o en la redacción del testamento (arts. 846-847 CC) (*infra*, n° 30-F), recaen igualmente sobre personas respecto de las cuales no se discute que pueden llevar a cabo otros actos de la vida civil.

---

23 Lo que sí estimamos absurdo, por antijurídico, es el criterio de Farrera, relativo a que, no obstante el texto perfectamente explícito del art. 841 CC, debe considerarse que cuando el mismo alude incapacidades para "heredar por testamento", ha de interpretarse como que se refiere a incapacidades para "recibir por testamento". Al respecto, *cfr.*: Farrera, *op. cit.*, nos. 103-104, pp. 97-98.- Tal criterio no solo va contra el texto mismo de la ley, sino que además implica interpretación extensiva de una norma de carácter excepcional, por lo cual viola, además, la previsión del art. 839 CC.

24 Al respecto, *cfr.*: Sánchez, *op. cit.*, pp. 111-122.

## 30-C. Incapacidad de los ordenados *in sacris* y de los Ministros de cualquier culto

El ord. 2° del art. 841 CC consagra la incapacidad para heredar por testamento de los ordenados *in sacris* y de los ministros de cualquier culto. Se trata, por consiguiente, de una incapacidad *absoluta* pero *sólo para heredar*, tal como la que afecta a las Iglesias de cualquier credo y a los institutos de manos muertas. En principio y con las salvedades que a continuación señalamos, todo lo que acabamos de decir respecto de la incapacidad de las Iglesias (*supra*, n° 30-B), es aplicable, *mutatis mutandi* a la incapacidad que ahora nos ocupa[25].

La expresión "ordenados *in sacris*" que utiliza la citada norma, se refiere a los ministros del culto católico, es decir, a las personas que han recibido órdenes sagradas (sacramento del orden), en la Iglesia Católica. En consecuencia, la incapacidad –en ese sentido– comprende a todos aquéllos que, de acuerdo con las disposiciones que gobiernan dicha Iglesia, deben considerarse "ordenados". Según el canon 1.009 del Código de Derecho Canónico, se trata de los *obispos*, de los *presbíteros* (o sacerdotes) y de los *diáconos*.

La referencia del citado ord. 2° del art. 841 CC a "ministros de cualquier culto", concierne evidentemente a los sacerdotes, ministros de Dios, clérigos, prelados, etc., de credos religiosos diferentes del católico.

La incapacidad en comentario deriva, en parte, de la misma reacción antes aludida, contra la influencia que en el pasado ejerció la Iglesia Católica sobre los testadores; pero también se la ha tratado de justificar, como un medio necesario para impedir las eventuales influencias que podrían ejercer los sacerdotes y ministros de cultos, para que el testador disponga en beneficio de ellos. Esto último explica que en algunas legislaciones extranjeras dicha incapacidad para recibir por testamento sea únicamente relativa, es decir, sólo afecta al sacerdote o ministro que haya asistido al causante durante su última enfermedad o en los últimos años de su vida[26]; y que en otras, se extienda también al médico y al farmaceuta que hayan atendido al testador en dicha última enfermedad[27].

---

25 Desde luego, no pueden tener relación alguna con los ministros del culto católico, las consideraciones que hemos hecho sobre el Convenio de 1964, celebrado por Venezuela y la Santa Sede, puesto que el art. IV del mismo no se refiere a personas naturales.

26 Así: CC argentino (art. 3.739), CC colombiano (art. 1.022), CC chileno (art. 965), CC español (art. 752), CC francés (art. 909), etc.

27 Así: CC francés (art. 909), CC holandés (art. 953).

La Comisión Redactora del CC de 1942, rechazó un intento de extender la referida incapacidad tanto al médico asistente del testador durante la última enfermedad de éste, como a su abogado, por estimar que en nuestro medio dichos profesionales no tienen la posibilidad de influir decisivamente en el ánimo testamentario del causante. Al respecto, *cfr.*: Bastidas, *op. cit.*, T. II, pp. 316-317.

Sin embargo, repetimos, entre nosotros la incapacidad en cuestión es absoluta y por consiguiente, hiere a todo sacerdote o ministro de culto, sin que al efecto deban tomarse en cuenta los servicios o las relaciones de carácter religioso que haya o no tenido con el testador.

Dicha incapacidad, en la época actual, no puede tener justificación jurídica alguna; se trata de una peculiar *capitis deminutio* de dudosa constitucionalidad, sólo explicable por los sentimientos anticlericales que estuvieron tan en boga a fines del siglo XIX y a comienzos del siglo XX.

En todo caso, la norma legal en comentario prevé ciertas excepciones: cuando el ordenado *in sacris* o ministro de culto es cónyuge, descendiente, ascendiente o pariente colateral consanguíneo dentro del cuarto grado inclusive, del testador, desaparece su incapacidad para heredar a éste por testamento. En tales casos el legislador presume que la institución testamentaria se hace en razón del afecto familiar del causante para con dicho sacerdote o ministro y no como consecuencia de influencias indebidas que haya ejercido éste sobre aquél.

## 30-D. Incapacidad del tutor

De conformidad con el art. 844 CC, el tutor nada puede recibir de su pupilo, por testamento otorgado con anterioridad a la aprobación de las cuentas definitivas de la tutela, aunque el testador fallezca con posterioridad a tal aprobación de cuentas. Es ésta una incapacidad *relativa y total*: sólo afecta al tutor respecto de su pupilo o ex-pupilo, de quien nada puede recibir por acto de última voluntad; pero al mismo tiempo es sólo temporal, ya que termina con la aprobación de las cuentas definitivas de la gestión tutelar.

> Proviene del Código Napoleón (art. 907), aunque se ha señalado que su origen más remoto lo constituye un edicto de Carlos V, de 4 de octubre de 1540.

El fundamento de dicha incapacidad es múltiple. Por una parte, con ella se trata de evitar la influencia que puede ejercer el tutor sobre el pupilo, a fin de que éste teste en favor de aquél, particularmente cuando el propósito de tales presiones es la ocultación o el disimulo de una gestión irregular; por otra, se considera que de esa manera se evita o al menos se reduce, el riesgo de que el tutor, sabiéndose sucesor del pupilo, descuide la administración del patrimonio de último; finalmente, se tiende a estimular al tutor –para quedar libre de la incapacidad– a rendir las cuentas definitivas de su gestión, tan pronto como fuere posible.

La incapacidad del tutor, para suceder testamentariamente al pupilo, tiene ciertas características típicas.

La primera de ellas estriba en que contradice la regla general, según la cual a los efectos de la testamentifacción pasiva, se toma en cuenta la situación existente en el momento de la apertura de la sucesión y no la que hubiere existido en la fecha de

otorgamiento del testamento (*supra*, nº 30). Por el contrario, en el caso del tutor, la ley expresamente indica que el momento a ser tomado en consideración a los fines de precisar la existencia o la inexistencia de su incapacidad, es la *fecha del otorgamiento del acto de última voluntad*: de manera que de la situación que exista precisamente para ese día, depende que el tutor o ex-tutor en cuestión sea o no incapaz para suceder testamentariamente a su pupilo o ex-pupilo. Ello se explica, precisamente, en razón del fundamento de la incapacidad, que hemos señalado poco antes.

En consecuencia, el tutor –mientras desempeñe sus funciones de tal– no puede ser válidamente instituido por el pupilo, como heredero testamentario ni como legatario suyo, ya que las cuentas definitivas de la tutela sólo pueden ser rendidas y aprobadas o improbadas después de terminada dicha gestión tutelar (art. 376 CC). Por otra parte, aunque haya finalizado esa gestión, el ex-tutor tampoco puede ser instituido como heredero o como legatario por el ex-pupilo, sino después de la fecha de aprobación de las cuentas definitivas de la tutela (art. 844 CC); salvo que, para el momento del otorgamiento del testamento por el ex-pupilo, se hubiere ya extinguido por prescripción la obligación del ex-tutor de rendir las cuentas de su tutela, toda vez que entonces habría igualmente desaparecido el fundamento de la incapacidad[28]. Finalmente, si el testamento fue otorgado antes de la iniciación de la gestión tutelar y en él se dispone en favor de la persona que luego llega a ser tutor del testador, tal institución es igualmente nula, ya que se hizo en testamento otorgado antes de al aprobación de las cuentas definitivas de la tutela en cuestión: en dicha circunstancia, si bien no podría hablarse de influencia ejercida por el tutor sobre el pupilo para el otorgamiento del acto, sí puede perfectamente señalarse que el instituido previamente y que más tarde es designado tutor del testador, puede –precisamente por ello– descuidar su gestión administrativa e incluso presionar al pupilo para que no modifique su anterior testamento[29].

La expresada característica de la incapacidad que nos ocupa, ha dado lugar a cierta discusión en la doctrina, respecto de si se trata realmente de un caso de falta de testamentifacción pasiva o si más bien debe considerarse como de incapacidad para disponer por testamento.

Desde luego, para que surja la referida incapacidad, es preciso que el tutor realmente entre en el ejercicio de sus funciones. De manera que, si luego de nombrado se ha excusado de aceptar el cargo y tal excusa, a su vez, ha sido aceptada por la respectiva

28 La doctrina está unánimente de acuerdo en esto último. Al respecto, *cfr.*: Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. VI, nº 89, pp. 254-255; Ricci, *op. cit.*, T. VII, nº 125, p. 370; Polacco, *op. cit.*, T. I, p. 274; Planiol & Ripert, *op. cit.*, T. V, nº 236, p. 250; Sanojo, op. cit., T. II, nº 251, p. 217; etc.- También lo señala así, de manera expresa, el art. 596 CC italiano vigente.

29 En el mismo sentido, *cfr.*: Ricci, *op. cit.*, T. VII, nº 124, pp. 367-369; Polacco, *op. cit.*, T. I, pp. 274-275; etc. *Contra*: Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. VI, n º 86, pp. 247-249; etc.- En todo caso, el art. 596 CC italiano vigente expresamente excluye la referida incapacidad del tutor, cuando el testamento fue otorgado antes del inicio de la tutela.

autoridad judicial, la persona en cuestión no está afectada de la incapacidad para suceder por testamento prevista en el art. 844 CC.

Dicha norma, por otra parte, se refiere al tutor, en general y por ello, comprende y afecta, tanto al tutor de un menor como al de un entredicho[30]. Pero como únicamente alude al tutor, no puede extenderse a otras personas relacionadas con la tutela o que ejercen o han ejercido cargos familiares más o menos parecidos a los del tutor, precisamente porque toda incapacidad para recibir por testamento debe interpretarse y aplicarse de manera restrictiva (*supra*, nº 30); en consecuencia, no recae sobre el protutor, ni sobre los miembros del consejo de tutela, ni sobre el curador del débil mental o del emancipado, etc.

El legislador estima, con toda razón, que la aludida incapacidad que afecta al tutor para suceder por testamento a su pupilo, no se justifica ni tiene sentido lógico, cuando entre uno y otro existe un cercano vínculo familiar que, por sí mismo, basta para explicar plenamente la institución testamentaria. Por ese motivo, el ap. del citado art. 844 CC exceptúa de ella al cónyuge, al descendiente, al ascendiente y al hermano que desempeñe o haya desempeñado el cargo de tutor del testador.

## 30-E. INCAPACIDAD DEL CÓNYUGE DE SEGUNDAS O ULTERIORES NUPCIAS

"El cónyuge en segundas o ulteriores nupcias no puede dejar al cónyuge sobreviviente una parte mayor de la que deje al menos favorecido de los hijos de cualquiera de los matrimonios anteriores" (art. 845 CC). Se trata de una incapacidad para recibir por testamento que es *relativa y parcial*: sólo afecta al cónyuge sobreviviente en relación con el testamento de su esposo o esposa (quien, por hipótesis, contrajo matrimonio en más de una oportunidad); y únicamente impide al cónyuge incapaz recibir por testamento más de determinada medida: el equivalente a lo que corresponda al menos favorecido de los hijos del causante, habido en cualquiera de sus anteriores matrimonios.

> Esta incapacidad para recibir por testamento nació en el Derecho Romano imperial[31], de donde pasó luego a los países de derecho escrito del sur de Francia. En 1560 se generalizó en el Derecho francés, como consecuencia de un edicto de Francisco I, basado en el disfavor que entonces inspiraban las segundas nupcias. Con algunas alteraciones importantes, se mantuvo –al menos en principio– en el Código Napoleón (arts. 1.094 y 1.098), para resurgir poco después con su alcance original, en la legislación italiana del siglo XIX. De allí lo tomó el CC de Italia de 1865 (art. 770), que fue copiado por el legislador venezolano[32].

30 Como el entredicho carece de testamentifacción activa (ord. 2º del art. 837 CC) (*supra*, nº 29, 2, B), cuando decimos que la incapacidad para recibir por testamento establecida por el art. 844 CC afecta a su tutor, nos referimos al caso del testamento otorgado por aquél después de rehabilitado o antes sufrir la enfermedad mental que dio lugar a su interdicción.

31 Al respecto, *cfr.: Novelas*, XXII, 27.

32 La referida incapacidad fue mantenida en el art. 595 del CC italiano de 1942 original; pero dicha disposición fue posteriormente derogada por una Ley de 19 de mayo de 1975.

En el Derecho contemporáneo ya no tiene como fundamento el disfavor de las segundas o ulteriores nupcias, que más bien son vistas con buenos ojos por la ley (art. 915 CC) (*infra*, nº 57-B, D, i), sino la protección de los hijos habidos por el causante en anteriores matrimonios, contra la influencia abusiva que puede ejercer un nuevo cónyuge de éste, a fin de que deje testamento a su favor y en perjuicio de sus hijastros. No se trata, pues, de amparar a los hijos habidos en matrimonios anteriores, respecto de los hijos nacidos en ulteriores y nuevas nupcias (a pesar de que el nuevo cónyuge también puede ejercer presiones sobre su esposo o esposa para que prefiera en un testamento a los hijos de su unión, sobre los nacidos de matrimonios precedentes del testador), sino simplemente de salvaguardar a esos hijos del causante en anteriores nupcias, de las maquinaciones que en contra de ellos pueda pretender efectuar el nuevo cónyuge, en su propio beneficio[33].

Ahora bien ¿quiénes deben considerarse como hijos de anteriores matrimonios del causante, a los efectos de las disposiciones contenidas en el art. 845 CC?

Al respecto, no cabe la menor duda de que lo son, las siguientes personas: 1) todos y cada uno de los hijos del causante, nacidos de las uniones matrimoniales que él haya tenido antes de la celebración de sus últimas nupcias (las que existían para la fecha de su muerte); 2) todos y cada uno de los hijos adoptados en adopción actual y conjunta por el causante y alguno de sus anteriores cónyuges (puesto que de las disposiciones de los arts. 425-427 LOPNA debe considerarse que a ellos corresponde un estado familiar idéntico al de un hijo de sangre del matrimonio adoptante); 3) todos y cada uno de los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio del causante con alguno de sus anteriores cónyuges, antes del 26 de julio de 1982 (ya que de conformidad con el art. 227 CC original de 1942, ellos adquirieron el estado familiar de hijos nacidos del matrimonio de sus padres y tal situación no puede considerarse afectada por la circunstancia de que la LRPCC haya eliminado –con efecto desde el 26 de julio de 1982– el instituto de la legitimación)[34]; y 4) *nepotes ex filio* del causante, es decir, los ulteriores descendientes de sus hijos aludidos en los tres numerales precedentes, que concurran a la sucesión en representación de sus padres u otros ascendientes (en este último caso, evidentemente, la cuota sucesoral que debe considerarse asignada al hijo del causante a quien representan sus descendientes –para compararla con la que se ha dejado al cónyuge sobreviviente de dicho causante– es la suma de lo que reciban todos los aludidos representantes).

33 Nos parece difícil justificar la incapacidad en comentario en un sistema legal que equipara los derechos de los hijos extramatrimoniales a los de los hijos matrimoniales, como lo hace el art. 234 CC venezolano vigente. En efecto, resulta difícil entender por qué el art. 845 *ejusdem* sólo protege a los últimos y olvida por completo a los primeros.

34 Lo dicho, desde luego, no es aplicable al hijo legitimado por decreto judicial antes de la fecha de la publicación de la LRPCC (arts. 230-245 CC original de 1942), puesto que si bien él gozaba de un estado familiar igual al del hijo legítimo, no puede considerárselo como nacido de matrimonio, ya que nunca existió vínculo nupcial entre su padre y su madre.

¿Pero qué decir respecto de los siguientes hijos del causante: a) los adoptados por él en adopción actual *individual*; y b) sus hijos nacidos de matrimonio anterior, que luego fue declarado nulo o anulado?

a) Si bien es cierto que la adopción actual confiere al adoptado la condición de hijo de sangre del adoptante (art. 425 LOPNA), para que pueda darle además un estado verdaderamente idéntico al de hijo nacido de matrimonio, tendría que ser efectuada de manera conjunta por marido y mujer. La adopción plena e individual, en consecuencia, no puede dar –en realidad– al adoptado, la condición de hijo matrimonial (que requiere necesariamente una vinculación *simultánea* del hijo con su padre *y* con su madre), sino que lo coloca en una condición familiar equivalente a la que durante la vigencia del CC original de 1942 tenía el hijo legitimado por decreto judicial (arts. 230-245) o a la que desde su reforma parcial de 1982 corresponde al hijo extramatrimonial reconocido (art. 234 CC de 1942 modificado).

Lo antes expuesto obliga a concluir que, a los efectos de la incapacidad para recibir por testamento consagrada por el art. 845 CC, no pueden ser tomados en cuenta los hijos adoptados por el causante en adopción actual individual.

b) Por lo que concierne a los hijos habidos por el testador en anterior matrimonio, que luego fue declarado nulo o anulado, la situación es radicalmente diferente de la examinada en el caso precedente. En efecto, respecto de los hijos habidos de tal matrimonio, éste siempre produce efectos civiles, por mandato del art. 127 CC (matrimonio putativo)[35]. Por lo tanto, es claro que dichos hijos del testador sí tienen que ser tomados en cuenta a los efectos de la incapacidad establecida por el art. 845 CC.

Para determinar si la disposición testamentaria en favor del cónyuge sobreviviente, excede o no de lo que el testador ha dejado al menos favorecido de sus hijos de cualquiera de los matrimonios anteriores, debe tomarse en cuenta no sólo lo que dichos cónyuge e hijo menos favorecido reciben o han recibido, respectivamente,del causante a título de herencia, sino que además tienen igualmente que considerarse los legados instituidos en beneficio de uno y otro; y las donaciones que el mismo testador les haya hecho en vida, incluyendo las que provengan de capitulaciones matrimoniales celebradas con el cónyuge. Lo dicho se impone tanto por razones de evidente lógica, como también por aplicación analógica de la norma sobre imputación en materia de legítima, que figura en el art. 887 CC (*infra*, n° 50)[36]. El valor que al efecto debe asignarse tanto a los bienes comprendidos en las correspondientes cuotas hereditarias, como en los legados y en las donaciones que beneficien al cónyuge y al hijo menos favorecido, es –desde luego– el que tengan para la fecha de apertura de

---

35 Al respecto, *cfr.*: López Herrera, *op. cit.*, (Derecho de Familia), n° 67-B, pp. 362-363.

36 En el mismo sentido, *cfr.*: Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. VI, n° 126, pp. 345-347; Ricci, *op. cit.*, T. VII, n° 145, pp. 425-427; Messineo, *op. cit.*, T. VII, n° 183, 5, p. 116; Cicu, *op. cit.* (*Testamento*), p. 252; etc.

la sucesión del testador, sin que al efecto se deba tomar en cuenta, respecto de las donaciones, el valor que tenían en la fecha cuando se las hizo.

Ahora bien, si el testador ha beneficiado a su cónyuge sobreviviente en más de lo que deja a alguno de sus hijos de matrimonio anterior ¿debe considerarse nula toda la institución hecha en favor de dicho cónyuge? La doctrina, de manera prácticamente unánime, se pronuncia por la negativa, en razón de que una sanción tan radical no correspondería al espíritu, propósito y razón de la norma contenida en el art. 845 CC; por ello se sostiene que, en tales casos, únicamente funciona una nulidad parcial o una reducción de la disposiciones testamentarias hechas favor del cónyuge sobreviviente, para limitarlas a lo que en definitiva corresponda efectivamente al menos favorecido de los hijos de cualquiera de los anteriores matrimonios del testador: precisamente por eso se trata de una incapacidad parcial (y no total) para recibir por testamento[37].

Pero si lo que se ha dejado al cónyuge supérsitite debe reducirse a lo que corresponda al menos favorecido de los hijos de un matrimonio anterior del causante ¿cuál es el destino final de la porción excedente del patrimonio hereditario, como resultado de esa reducción?

El Derecho Romano estableció que el exceso sobre el máximo que el cónyuge supérstite podía recibir, debía distribuirse entre los los hijos de los anteriores matrimonios del causante, única y exclusivamente[38]. Podría también pensarse que dicho exceso debe distribuirse entre todos los hijos del testador, sin distinguir al respecto entre quienes lo son de su último matrimonio y quienes provienen de anteriores nupcias; o que ha de repartirse entre todos los hijos matrimoniales del testador más el cónyuge sobreviviente del mismo. Sin embargo ello no es así.

En efecto: la reducción de las disposiciones testamentarias en favor del cónyuge sobreviviente –de donde resulta el exceso en cuestión– es, simplemente, el resultado de la anulación parcial de esas disposiciones; de ello deriva, como consecuencia obligada, que el testamento del causante no cubre la totalidad de su patrimonio hereditario, precisamente porque no comprende la porción objeto de la referida reducción. Por ese motivo se hace necesario aplicar la previsión del ap. del art. 807 CC, según la cual, cuando falta en todo o en parte el testamento, la herencia se defiere de conformidad con las reglas de la sucesión *ab intestato* (*supra*, n° 5, A y B y n° 8)[39]. Es posible que en buena parte de los casos esa distribución implique el reparto del sobrante entre todos los hijos matrimoniales del causante y el cónyuge supérstite de éste, por parte iguales; pero no necesariamente será siempre de esa manera, puesto que si el causante

37 En ese sentido, *cfr.*: Pacifici-Mazzoni, op. cit., T. VI, n° 123, pp. 336-338; Ricci, *op. cit.*, T. VII, n° 146, pp. 428-430; Messineo, *op. cit.*, T.VII, n° 183, pp. 115-116; Polacco, *op. cit.*, T. I, pp. 279-281; Cicu, *op. cit.*, (*Testamento*), p. 251; etc.

38 *Novelas*, XXII, 27.

39 En el mismo sentido, *cfr.*: Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. VI, n° 132, pp. 359-360; Ricci, *op. cit.*, T. VII, n° 146, pp. 428-430; Polacco, *op. cit.*, T. I, pp. 280-281; Cicu, *op. cit.*, (*Testamento*), pp. 252-253; etc.

ha dejado hijos extramatrimoniales o hijos adoptados en adopción actual individual o hijos adoptados en adopción antigua, todos ellos también concurren en lo que concierne al exceso en referencia (arts. 822, 826 y 829 CC y arts. 425 y 426 LOPNA) (*supra*, nº 19-A y 21-A).

Lo antes dicho, sufre una excepción: a nuestro juicio, si el testador ha designado heredero *sustituto* para su cónyuge sobreviviente (arts. 959-962) y ha instituido a éste en más de lo que el art. 845 CC permite hacerlo, el exceso en cuestión pasa y corresponde a dicho sustituto y no a los herederos *ab intestato* del causante, ya que en tal caso mal podría pensarse que el *de cujus* no dejó previsión testamentaria que cubriera ese sobrante (respecto del instituto de la sustitución, *cfr.*: nº 69-A).

Por último ¿a quiénes corresponde la titularidad de la acción de nulidad parcial del testamento, a los efectos de obtener la reducción de las disposiciones del mismo que favorecen al cónyuge supérstite del causante, en exceso de lo que éste haya dejado al menos favorecido de cualquiera de sus hijos de anteriores matrimonios? Al respecto, podría tener interés en interponer la correspondiente reclamación, una serie de personas diferentes, a saber: todos los hijos de anteriores matrimonios del causante, independientemente de que lo que respectivamente les corresponda en la herencia de su progenitor, sea o no inferior a lo que el testador ha dejado a su cónyuge; los hijos del último matrimonio del causante; los hijos extramatrimoniales del testador; y todos sus hijos adoptivos (tanto en adopción actual como en adopción antigua). Todos los familiares del causante antes indicados tienen, en efecto, interés económico en la reducción de la porción que el causante haya dejado a su último cónyuge, puesto que –conforme acabamos de señalar– ellos entrarían en la redistribución del exceso o sobrante de dicha porción. No obstante, la doctrina considera que si bien es cierto que para interponer cualquier acción judicial se requiere tener interés al respecto, no basta que exista este último para que se tenga la titularidad de aquélla; de ahí que considere que la acción en cuestión sólo corresponde a las personas a quien el legislador ha querido amparar y proteger con la disposición contenida en el art. 845 CC, es decir, a los hijos de cualquiera de los anteriores matrimonios del causante, a quienes éste haya dejado una porción del patrimonio hereditario menor que la que haya dispuesto en favor de su cónyuge sobreviviente[40].

40 Al respecto, *cfr.: Pacifici-Mazzoni, op. cit., T. VI, nos. 129-130, pp. 353-359*; Polacco, *op. cit.*, T. I, pp. 281-282; Cicu, *op. cit.*, (*Testamento*), p. 253; etc. En cambio, Ricci opina que puede interponer la referida acción todo quien tenga interés en ella (*op. cit.*, T. VII, nº 147, pp. 432-434).
En otro orden de ideas, no queremos concluir este tema de la incapacidad para recibir por testamento que afecta al cónyuge sobreviviente de segundas o ulteriores nupcias, sin hacer la siguiente advertencia para el supuesto de que llegare a ser aprobado el PLPF tal como el mismo fue presentado a la Asamblea Nacional [*supra*, nº 11, nota (8A); nº 11, B (*in fine*); y nº 20 en nota (8); e *infra*, nº 48, 3, en nota (41A).
Por cuanto a los convivientes en unión estable de hecho ese PLPF otorga condición sucesoral idéntica a la de los cónyuges (art. 45 PLPF) resulta obligado concluir que aquéllos estarían

## 30-F. Incapacidad de funcionarios y personas que intervienen en el otorgamiento o en la redacción del Testamento

El art. 846 CC declara incapaces para suceder por testamento, a varias categorías de personas que intervienen en el acto de otorgamiento del testamento *abierto*, a saber: el notario (registrador) o cualquier otro oficial civil, militar, marino o consular, que recibe la manifestación de voluntad del testador y los testigos que presencian ese acto. Por otra parte, el art. 847 *ejusdem* consagra la incapacidad para suceder por testamento de la persona que haya escrito el testamento *cerrado* del causante[41]. Se trata de incapacidades *relativas* pero *totales*: el notario (registrador) o el respectivo oficial que interviene en el otorgamiento del testamento abierto y los testigos del mismo, no pueden recibir nada por ese acto de última voluntad; quien escribe el testamento cerrado, tampoco puede ser instituido en él, como heredero ni como legatario del testador.

La razón de ser de las mismas, es obvia: evitar las influencias ilegítimas sobre el testador y los abusos en la confianza de éste, mediante los cuales las aludidas personas que intervienen en el otorgamiento o en la redacción del testamento, pretendan beneficiarse.

Resulta evidente que estas incapacidades para recibir por testamento –como la que establece el art. 844 CC respecto del tutor (*supra*, nº 30-4) y a diferencia de las restantes– se rigen por la situación existente en el momento del otorgamiento del testamento (que fue cuando pudo ejercerse la influencia o el abuso de confianza respecto del testador), independientemente de cual sea la que corresponda a la fecha de la apertura de la sucesión.

También cabe observar otra peculiaridad de dichas incapacidades: las mismas se limitan a las instituciones de herencia o de legado que se hagan a las personas afectadas por ellas, en los mismos testamentos en los cuales tales personas intervienen; en consecuencia, no funciona la incapacidad si la institución la hace el causante en otro testamento en el cual no tienen participación alguna las personas en cuestión, ya que entonces no podría pensarse que se influenció al testador ni que se abusó de la confianza de éste (*v.gr.*: el causante otorga dos testamentos abiertos, ninguno de los cuales revoca al otro; en el primero de ellos, interviene el notario AA y en el

---

igualmente afectados por dicha incapacidad para recibir por testamento; situación que se plantearía cuando el conviviente que fallece deja hijos habidos por él o ella en anteriores matrimonios o en anteriores uniones estables de hecho. Y tal conclusión no se basa en la aplicación analógica de las previsiones del art. 815 CC al caso de las uniones estables de hecho (que no podría hacerse, toda vez que se trata de una norma de carácter excepcional), sino en razón de que la ley (art. 45 PLPF) equipara la condición sucesoral de las personas que conviven en uniones estables de hecho debidamente legalizadas y registradas, con la que corresponde a los esposos.

41 Se señala como origen remoto de estas incapacidades para suceder por testamento, el Senadoconsulto Liboniano (año 16 de nuestra era), al cual también se refiere el *Digesto* (XLVIII, 10).

segundo, el notario BB; las institutuciones que en el primer testamento se hagan en favor del notario BB y las que se hagan en el segundo testamento en beneficio del notario AA, son perfectamente válidas, puesto que ninguno de esos funcionarios participó en el otorgamiento del testamento en el cual fue favorecido).

La ley no prevé excepción alguna respecto de la incapacidad que afecta a las personas que intervienen como funcionarios o como testigos en el otorgamiento del testamento abierto (art. 846 CC); en cambio sí lo hace en relación con la que escribe el testamento cerrado (art. 847): si el testador ratifica de su puño y letra en ese mismo testamento, la institución que aparece en él a favor de quien lo escribió o si hace tal ratificación de viva voz ante el notario (registrador) y los testigos del otorgamiento del acto y se deja constancia de ello en el acta respectiva, desaparece la aludida incapacidad y por ende son válidas las indicadas instituciones testamentarias.

Desde luego, para que de hecho funcionen las incapacidades a que se refieren los arts. 846-847 CC, es indispensable que se las pruebe. Ello resultará muy sencillo cuando se trata del caso del notario (registrador) u otro oficial que recibe la manifestación abierta de voluntad testamentaria o de los testigos del acto; pero en cambio puede no serlo en el caso de la persona que escribe el testamento cerrado, ya que generalmente no existe constancia alguna de quién lo hizo[42]: al respecto puede utilizarse todo tipo de prueba.

## 30-G. Sanciones a la inobservacia de las normas sobre incapacidad para recibir por Testamento – Personas interpuestas

Dice el art. 848 CC, que "las disposiciones testamentarias en favor de las personas incapaces, designadas en los artículos 841, 844, 845, 846 y 847 son nulas, aunque se las haya simulado bajo la forma de un contrato oneroso, o se las haya otorgado bajo nombre de personas interpuestas...". Tal disposición adolece de graves defectos técnicos.

Antes hemos dicho que, efectivamente, la sanción que corresponde a la violación por parte del testador, de cualquier norma legal consagratoria de incapacidades para recibir por testamento, es la nulidad total o parcial de la correspondiente disposición testamentaria (*supra*, n° 30). Al efecto conviene tener presente que, en tales casos, no es nulo el testamento íntegro, sino únicamente la institución o la cláusula o la parte del mismo que signifique una infracción de tales reglas. Ahora bien, dicha sanción funciona respecto de *toda* violación de las previsiones legales sobre incapacidad

42 La regla 3ª del art. 857 CC, concerniente al otorgamiento de testamentos cerrados, establece que el testador debe expresar al notario (registrador) respectivo "si el testamento está o no escrito y firmado por él"; sin embargo, en caso de que lo haya escrito un tercero por instrucciones del mismo testador, éste no tiene obligación alguna de revelar su identidad.

para recibir por acto de última voluntad y no únicamente en relación con las que cita el copiado artículo: Iglesias, institutos de manos muertas, ordenados *in sacris* y ministros de cultos (art. 841 CC); tutor (art. 844 CC); cónyuge sobreviviente (art. 845 CC); notarios (registradores) y otros oficiales que intervienen en el otorgamiento del testamento abierto y testigos de ese acto (art. 846 CC); y persona que escribe el testamento cerrado (art. 847 CC). En efecto, la institución testamentaria de las personas que también son incapaces de recibir *ab intestato* (art. 840 CC), es igualmente nula –aunque no se mencione ese caso en el citado art. 848 CC.

Por otra parte –y lo que es aun más grave– la segunda parte del párrafo principal de dicho art. 848 CC, carece totalmete de sentido cuando se refiere a disposiciones testamentarias simuladas como un *contrato oneroso*, ya que dentro de nuestro sistema legal es absolutamente imposible una simulación de ese tipo, puesto que el testamento es un negocio jurídico esencialmente unilateral (*supra*, nº 25, 2) y, en cambio, el contrato es –también por esencia– un negocio jurídico bilateral, que requiere el acuerdo de dos o más personas (art. 1.133 CC), aunque se trate de un convenio unilateral, es decir, que determina obligaciones sólo a cargo de una de sus partes.

¿Cómo explicar entonces la disposición en referencia? Se trata, simplemente, de lo siguiente: el texto del art. 848 CC vigente, ya figuraba en los CC precedentes (art. 836 CC de 1922 y de 1916, art. 747 CC de 1904, art. 741 CC de 1896, art. 723 CC de 1880 y art. 717 CC de 1873); éste último, a su vez, era una copia del art. 773 del CC italiano de 1865, que, por su parte, seguía el contenido del art. 911 del CC francés. En Francia la norma tenía y tiene perfecto sentido, toda vez que figura en el Capítulo III, Título II, Libro III del Código Napoleón, que versa –conjuntamente– sobre la capacidad para disponer o para recibir *por donación entre vivos o por testamento*; de manera que la regla en cuestión se refiere allí exclusivamente a donaciones disfrazadas de contrato oneroso, para tratar de eludir una norma relativa a la incapacidad del donatario. Cuando el legislador italiano, primeramente, decidió seguir el texto francés y cuando más tarde el venezolano copió a aquél, olvidaron que tanto en Italia como en Venezuela las reglas sobre incapacidades para suceder por testamento figuran en sus respectivos CC, separada e independientemente de las que conciernen a las incapacidades para recibir donaciones, motivo por el cual la disposición en referencia carecía de sentido en ambos países[43].

Como hemos dicho, la parte final del párrafo principal del art. 848 CC, en referencia, establece –con toda lógica– que la sanción de nulidad de la institución testamentaria que favorezca a un incapaz, funciona aunque tal disposición sea aparentemente hecha en beneficio de una persona interpuesta del incapaz en cuestión. El ap. de la misma disposición legal, a su vez, consagra la presunción de que se consideran personas

43 En todo caso, conviene tener presente que el art. 570 CC (venezolano) de 1867, era ya una traducción literal del aludido art. 911 CC francés.

interpuesta del incapaz para recibir por testamento, a su *cónyuge*, a sus *descendientes* y a sus *padres*.

Se trata de una presunción *juris et de jure*, es decir, que no admite prueba en contrario[44]; en consecuencia, toda institución testamentaria hecha en favor de cualquier persona que sea cónyuge, descendiente, padre o madre de un incapaz, es igualmente nula, toda vez que debe considerarse hecha en realidad en beneficio de dicho incapaz, es decir, simulada.

Respecto de la expresada presunción conviene tener en cuenta que la misma no puede extenderse a otras personas diferentes de las directamente aludidas en el ap. del art. 848 CC, pues ésta es una norma de carácter excepcional; por ese motivo no puede aplicarse a otros ascendientes del incapaz, de grado más remoto que sus padres. Y en cuanto concierne a los descendientes del incapaz, la referida regla comprende tanto los de sangre, matrimoniales y extramatrimoniales, como también los hijos adoptados en adopción actual y los descendientes de ellos (arts. 425-426 LOPNA); pero a nuestro juicio no afecta al adoptado en adopción antigua, pues éste no se reputa descendiente del adoptante y mucho menos a los hijos y ulteriores descendientes del mismo, que no tienen vinculación familiar alguna con dicho adoptante (art. 58 de la Ley de adopción de 1983; art. 62 de la Ley sobre adopción de 1972; arts. 246-260 CC de 1942 original).

La circunstancia de que el referido ap. del art. 848 CC consagre la referida presunción de interposición de personas, no impide en forma alguna que mediante cualesquiera otros medios probatorios pueda igualmente ponerse en evidencia que la institución testamentaria hecha aparentemente en favor de personas que no tienen con el causante vínculo familiar alguno de los señalados en dicha norma, es sin embargo simulada y fue hecha para favorecer a un incapaz[45].

Pero la indicada regla debe aplicarse coordinadamente con la del párrafo principal del art. 897 CC (a la cual volveremos a referirnos más adelante, *infra*, n° 56-B, D) y que dice así: "No se admitirá ninguna prueba para demostrar que las disposiciones hechas en favor de una persona designada en el testamento son sólo aparentes, y que en realidad se refieren a otra persona, no obstante cualquier expresión del testamento que lo indique o pueda hacerlo presumir". De esa aplicación coordinada

---

44 La doctrina sigue unánimemente ese criterio; al respecto, *cfr.*: Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. VI, n° 185, pp. 493-494; Ricci, *op. cit.*, T. VIII, n° 152, pp. 16-18; Polacco, *op. cit.*, T. I, pp. 286-287; Cicu, *op. cit.*, (*Testamento*), p. 261; Planiol & Ripert, *op. cit.*, T. V, n° 257, pp. 268-269; De Page, *op. cit.*, T. VIII-l, n° 216, p. 298; Sanojo, *op. cit.*, T. II, n° 254, p. 220; Ramírez, *op. cit.*, T. II, p. 220; Farrera, *op. cit.*, n° 124, p. 113; etc.

45 La doctrina está también de acuerdo sobre ese particular; al respecto, *cfr.*: Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. VI, nos. 170-175, pp. 460-469; Ricci, *op. cit.*, T. VIII, n° 158, pp. 29-30; De Ruggiero, *op. cit.*, T. II, Vol. II, p. 454; Polacco, *op. cit.*, T. I, p. 286; Cicu, *op. cit.* (*Testamento*), pp. 260-261; De Page, *op cit.*, T. VIII-l, n° 297, pp. 297-298; Sanojo, *op. cit.*, T. II, n° 254, p. 219; Farrera, *op. cit.*, n° 124, p. 113; etc.

resulta necesario concluir que si la persona instituida es efectivamente cónyuge, descendiente, padre o madre de un incapaz, pero al mismo tiempo tiene uno de esos mismos vínculos familiares con el testador (es decir, es madre, padre, descendiente o cónyuge de éste), no funciona entonces la presunción de simulación que figura en el ap. del art. 848 CC[46], lo cual no impide –desde luego– que pueda sin embargo comprobarse mediante cualesquiera otros medios, que tal institución, de hecho y en realidad, es verdaderamente simulada pues está dirigida a beneficiar a un incapaz para recibir por testamento.

## 31. La voluntad testamentaria

Para tener eficacia jurídica, la voluntad testamentaria debe ser espontánea, libre y clara.

La voluntad testamentaria no es clara, cuando resulta imposible determinar el sentido o el alcance de la institución, ya sea en lo relativo al sujeto de la misma o a su contenido objetivo. La voluntad testamentaria no es espontánea o no es libre, cuando está afectada por algún vicio.

En el Capítulo X estudiaremos, entre otras cosas, los principios y requisitos de las instituciones testamentarias; es decir, las condiciones de claridad y precisión que ellas deben cumplir.

Cerraremos el presente Capítulo con una somera referencia a los vicios de la voluntad testamentaria.

Tanto la institución testamentaria que adolece de falta absoluta de claridad, como la que está afectada por algún vicio, son nulas (*infra*, nos. 78 y 78-A).

## 32. Vicios de la voluntad testamentaria

En el testamento, como en todo negocio jurídico en general, los vicios de la voluntad son tres: el error, la violencia y el dolo.

Son escasas las normas legales relativas a dichos vicios, en lo tocante –específicamente– al testamento. De ahí que la doctrina, de manera prácticamente unánime, estime –en principio– aplicables al respecto, *mutatis mutandi* y por vía de analogía, las reglas que sobre el particular consagra el CC para la materia de contratos, en virtud de la regla establecida en el ap. de su art. 4[47].

---

46 En el mismo sentido, *cfr.*: Polacco, *op. cit.*, T. I, pp. 287-288.

47 Al respecto, *cfr.*: Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. VI, nº 52, p. 141; Ricci, *op. cit.*, T. VII, nº 108, pp. 312-313; Polacco, *op. cit.*, T. I, pp. 565-567; Cicu, *op. cit.* (*Testamento*), pp. 180 y sigs.; Planiol & Ripert, *op. cit.*, T. V, nº 182, p. 197; Farrera, *op. cit.*, nº 96, p. 91; etc.

En consecuencia, procuraremos limitarnos aquí, a señalar lo que en esta materia es propio y típico del testamento.

Conviene en todo caso tener en cuenta, que tanto el juez como el intérprete del testamento deben ser sumamente prudentes y cuidadosos en lo tocante al examen y a la determinación de los vicios de la voluntad del testador, puesto que al respecto –y a diferencia de lo que normalmente sucede en el campo contractual– les corresponderá actuar cuando el titular de dicha voluntad ya ha fallecido y no está en la posibilidad de aclarar la situación.

## 32-A. El error

Se trata de un vicio de la voluntad que no es frecuente en lo tocante a testamentos.

Como el testamento sólo se perfeccciona con el cumplimiento de una serie de formalidades (*infra*, Capítulo VII), las cuales presuponen la intervención de un conjunto de personas –además del otorgante propiamente dicho– resulta difícil concebir la posibilidad de que su autor incurra en un error en el *negocio*, es decir, relativo a la naturaleza del acto mismo (salvo que se trate de un indivíduo que no se encuentre en su sano juicio, caso en el cual estaría afectado por incapacidad para testar: *supra*, nº 29, 2, B).

Por otra parte, el testador normalmente medita con detenimiento su acto de última voluntad, antes de proceder a otorgarlo; y por esa razón, tampoco es fácil que pueda plantearse en el mismo, algún error sobre la *identidad de la persona* instituida (ap. del art. 1.148 CC) (*v.gr.*: el testador desea designar heredero a NN y, por equivocación, designa a MM); sin embargo, no es descartable que ello pueda suceder. En todo caso, la prueba respectiva habrá de ser sumamente dificultosa, por decir lo menos, aunque al respecto, pueden utilizarse todos los medios legales. Pero una vez demostrado el error, no se necesita comprobación adicional alguna referente a que la identidad de la persona haya sido la causa única o principal de la institución (como en cambio sí se requiere en materia de contratos), puesto que ello tiene que presumirse en todo acto de liberalidad y más aun si éste es de última voluntad[48].

Otro aspecto de ese mismo tipo de error, es el que recae sobre las *cualidades* del instituido (*v.gr.*: se instituye a AA, en la creencia que él es hijo de BB, lo cual no es cierto; se instituye a RR, por considerarlo el testador un eminente médico, cuando en realidad no tiene esa profesión; etc.). Pero a nuestro juicio, el error en las cualidades de la persona instituida, para ser jurídicamente trascendente, tiene que corresponder a un error en el motivo determinante de la voluntad del testador (art. 896 CC), al cual nos referimos a continuación.

---

48 En el mismo sentido, *cfr.*: Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. VI, nº 53, p. 141.

Señala el art. 896 CC: "Las disposiciones a título universal o particular, motivadas por una causa que se reconociere como errónea, no tendrán ningún efecto cuando aquella causa sea la única que haya determinado la voluntad del testador". Al respecto debemos hacer varias consideraciones.

La primera de ellas, es la de que cuando la copiada norma habla de "causa", no se refiere a la misma como elemento esencial del negocio jurídico (puesto que, conforme dijimos poco antes, la causa de las instituciones testamentarias es siempre la voluntad de hacer una liberalidad): se trata simplemente de la *causa finalis* o motivo que el testador tuvo en mente al instituir al heredero o al legatario[49]. En segundo término, es preciso tener en cuenta que el testador no está obligado en forma alguna, a motivar sus disposiciones de última voluntad: la copiada regla se refiere simplemente al caso de que el causante, a pesar de no estar obligado a ello, decida no obstante hacerlo. En tercer lugar, para que funcione la previsión en comentario, es indispensable que el motivo impelente de la institución, se exprese en el propio testamento: no se trata de que tal motivación pueda inferirse de otros escritos o declaraciones del testador. Por último, el error en los motivos requiere adicionalmente la nada fácil prueba de que los expresados en el testamento fueron en realidad, los únicos que determinaron la voluntad del testador: pero al efecto puede utilizarse cualquier medio autorizado por la ley.

El error en el motivo determinante de la institución, puede ser de hecho o de derecho[50] [*v.gr.*: el testador lega determinado bien, única y exclusivamente como recompensa por los leales servicios prestados por el legatario a la familia del primero, cuando en realidad el comportamiento de dicho instituido fue gravemente incorrecto (error de hecho); el testador designa heredero a determinada persona, única y exclusivamente para cubrirle la legítima que dicho causante cree que legalmente corresponde al instituido, cuando éste, en realidad, no es heredero legitimario del primero (error de derecho)].

En principio, carece de relevancia en cuanto a la voluntad testamentaria, el error sobre el *objeto* de la institución o sobre las *cualidades esenciales* del mismo (art. 1.148 CC): tratándose de un acto absolutamente unilateral, la circunstancia de que el testador disponga de una manera diferente de como realmente lo deseaba en su fuero interno, si bien puede perjudicar o beneficiar al instituido, según los casos, no afecta –en términos generales– la eficacia de la disposición, puesto se trata de hechos que no pueden comprobarse de manera fehaciente (*v.gr.*: el testador internamente deseaba

---

49 Sobre tales particulares, no existe discrepancia en la doctrina; al respecto, *cfr.* Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. VI, nº 54, pp. 145-147; Ricci, *op. cit.*, T. VII, pp. 322-324; Polacco, *op. cit.*, T. I, pp. 334-335; Cicu, *op. cit.*, (*Testamento*), p. 190; H. Capitant, *De la Causa de las Obligaciones*, trad. E. Tarragato, Góngora, Madrid, 1928, p. 90; etc.

50 La doctrina es pacífica sobre ese particular; al respecto, *cfr.*: Pacifici-Mazzoni, *op.cit.*,T. VI, nº 54, pp. 145-147; Ricci, *op. cit.*, T. VII, nº 110, pp. 322-325; Cicu, *op. cit.* (*Testamento*), p. 191; etc.

legar al instituido un inmueble urbano, pero por equivocación, indicó en su acto de última voluntad que le legaba un predio rústico).

Sin embargo, esos tipos de error sí serían trascendentes y afectarían la validez de la institución, si se reunen los extremos necesarios para que en tal caso deba hablarse de error en los motivos, que hayan sido la causa única determinante de la voluntad del testador (art. 896 CC), al cual hemos hecho referencia poco antes.

Hay además casos específicos en lo cuales el error sobre ciertas cualidades de la cosa legada, hace total o parcialmente nula, según las circunstancias, la respectiva institución testamentaria. Así sucede cuando, por error, se lega la *cosa ajena*, que no pertenece tampoco a un heredero o a un legatario (arts. 902, 904, 906 y 908 CC); o cuando se lega una cosa como *existente en cierto lugar* y la misma no se encuentra allí o se encuentra en menor cantidad de la indicada en el testamento (art. 907 CC); o cuando se lega un *crédito* o la *liberación de una deuda* y aquél o ésta ya no existen para la fecha de la apertura de la sucesión o sólo subsisten por cantidad menor que la señalada en el testamento (art. 909 CC). Más adelante volveremos con sobre esas materias (*infra*, nos. 63-A a 63-F): por el momento bástenos indicar que en las hipótesis señaladas, la institución testamentaria es absolutamente ineficaz, si su objeto no pertenece al testador, ni a un heredero, ni a un legatario, o si no existe; o parcialmente ineficaz, si sólo pertenece en parte al testador, o a un heredero, o a un legatario, o si existe pero en menor cantidad que la señalada en el testamento.

Para concluir este punto diremos que en cuanto concierne al testamento –y a diferencia de lo que sucede respecto del contrato– el error como vicio del consentimiento, no tiene que ser excusable: es decir, aun el error inexcusable, si realmente existió y así se demuestra, constituye causa de nulidad de la disposición testamentaria afectada por el mismo[51].

## 32-B. La violencia

Tampoco es muy común la violencia como vicio de la voluntad testamentaria, porque –en la práctica– para que la misma pueda producir su efecto, no bastaría ejercerla sólo en el momento del otorgamiento del acto de última voluntad, sino que habría que mantenerla hasta la muerte del testador (o hasta que éste pierda su capacidad legal), a fin de impedirle la revocación del testamento ya otorgado.

La violencia sobre el testador, que puede ser física, psicológica o moral, puede provenir del propio instituido o de un tercero (art. 1.150 CC); en éste último caso, es indiferente que el instituido haya o no tenido conocimiento de ella.

Para que la violencia física o moral ejercida sobre el testador constituya un vicio de la voluntad de éste, se requiere que haya sido grave e injusta. La violencia es

---

51 En el mismo sentido, *cfr.*: Cicu, *op. cit.* (*Testamento*), p. 191.

grave, cuando puede impresionar a una persona sensata, tomando en cuenta las circunstancias particulares de ella, concernientes a su edad, sexo y condición. Y es injusta cuando constituye una amenaza ilegítima de mal notable contra la persona o contra los bienes del propio testador, de su cónyuge, descendiente o ascendiente; a juicio de la autoridad judicial y de acuerdo con las características particulares del caso, también podría serlo, cuando la amenaza afecta a otras personas diferentes de las nombradas o a sus bienes (arts. 1.151-1.152 CC).

No constituye violencia, la simple influencia que se haya ejercido o podido ejercer sobre el testador; ni tampoco el mero temor reverencial (art. 1.153 CC).

## 32-C. El dolo

Es, tal vez, el vicio del consentimiento más frecuente en los testamentos.

Constituye dolo, la maniobra, la maquinación, el fingimiento o el engaño practicado por el instituido o por un tercero, mediante el cual el testador es inducido a disponer de su patrimonio hereditario en una forma como no lo hubiera hecho, de no haber existido tal maniobra, maquinación, fingimiento o engaño (art. 1.154 CC). La doctrina admite que en lo relativo a actos de última voluntad y a diferencia de lo que sucede en materia de contratos, el engaño practicado sobre el testador por un tercero, vicia la voluntad de aquél, aunque la maniobra no hubiese sido conocida por el beneficiario de la institución[52].

En esta materia, el dolo se suele denominar también *captación* o *sugestión*. Sin embargo, en estricto rigor terminológico, la captación es una forma especial de dolo, consistente en la institución testamentaria de determinada persona, hecha con la finalidad de mover a ésta para que, a su vez, disponga en beneficio del otorgante del primer testamento; y la sugestión es, más bien, la maquinación destinada a hacer que determinada persona teste a favor de quien la lleva a cabo o de un tercero. En todo caso, tales disquisiciones no tienen relevancia jurídica.

El dolo únicamente hace ineficaz la correspondiente disposición testamentaria, cuando es grave, injusto y determinante de la misma (*dolus malus*).

Tal como sucede en lo relativo a la violencia, el dolo es grave, cuando es capaz de afectar a una persona sensata, tomando en cuenta las circunstancias particulares de ella, concernientes a su edad, sexo y condición. Es injusto, cuando la maniobra no es legítima o cuando se basa en falacias. Finalmente, es determinante, cuando existe relación directa de causa a efecto, entre la maquinación y la correspondiente disposición testamentaria.

---

52 Al respecto, *cfr.*: Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. VI, nº 59, pp. 156-157; Polacco, *op. cit.*, T. I, pp. 569-570; Cicu, *op. cit.* (*Testamento*), pp. 193-194; etc.

Podría haber dolo, por ejemplos, en los siguientes casos: cuando mediante engaño se aleja o se separa al testador de sus familiares, al tiempo que se le induce a disponer en favor de la misma persona que ejecuta la maniobra o de un tercero; cuando en base a mentiras y falsedades se logra desacreditar a la persona en cuyo favor se proponía disponer el testador, para que éste lo haga en favor de otra; etc.

En cambio, los simples cuidados y atenciones prodigados al testador; las reiteradas demostraciones de afecto dirigidas al mismo; y otras actitudes similares, sean o no sinceras; aunque obedezcan al propósito de lograr algún beneficio testamentario de la persona destinataria de tales actitudes, si bien pueden ser criticables desde un punto de vista extrajurídico, carecen de la gravedad necesaria para que puedan calificarse como dolo. Tampoco constituyen dolo las recomendaciones dadas al testador, con la finalidad de moverlo a disponer en beneficio de alguien o de que no lo haga en favor de otro, si las mismas se basan en hechos ciertos, reales y verdaderos, pues no habría injusticia alguna en ello. Por último, la maquinación no sería determinante y, por ende, no tendría carácter doloso, si a pesar de ser grave e injusta, no hace que el testador disponga de manera diferente a como lo habría hecho de no haber existido la maniobra.

# CAPÍTULO VII

# FORMAS O SOLEMNIDADES DEL TESTAMENTO

33. Diversas Especies de Testamento.- 34. Testamento Ordinario Abierto.- 34-A. Testamento otorgado por Escritura Pública.- 34-B. Testamento otorgado sin Inscripción ante Notario.- 34-C. Testamento otorgado ante Cinco Testigos.- 35. Testamento Ordinario Cerrado.- 36. Solemnidades Especiales Adicionales concernientes al Otorgamiento de Testamentos Ordinarios.- 37. Testigos de los Testamentos Ordinarios.- 38. Otras Normas Administrativas relacionadas con el Otorgamiento de Testamentos Ordinarios.- 39. Testamentos Especiales.- 40. Testamento otorgado en el Extranjero.- 41. Sanciones a la Inobservancia de las Formalidades Testamentarias.- 42. Formalidades para la Apertura, Publicación e Inscripción de Testamentos Cerrados.

Antes de entrar en la materia propiamente dicha, correspondiente a este Capítulo, consideramos indispensable hacer una serie de aclaraciones.

Tradicionalmente en Venezuela, las formalidades relativas al otorgamiento de los testamentos, estaban consagradas en el CC y, en cierta forma reglamentadas por la Ley de Registro Público, en razón de que todo tipo de actos de última voluntad tenía, en definitiva, que ser protocolizado en alguna Oficina Subalterna de Registro; sin que pudiera deducirse derecho alguno de los mismos antes de quedar cumplida tal formalidad*.

Empero, el 27 de noviembre de 2001 apareció en la Gaceta Oficial de la República, la reimpresión del Decreto Ley N° 1.554 (originalmente publicado el 13 de noviembre de 2001), sobre Registro Público y Notariado (DLRN), promulgado en la última fecha señalada.

---

* Al respecto, *cfr.*: arts. 849-882 CC de 1942; arts. 837-867 CC de 1922 y de 1916; arts. 748-778 CC de 1904; arts. 742-772 CC de 1896; arts. 724-751 CC de 1880; arts. 718-745 CC de 1873; arts. 512-516 CC de 1867; arts. 13-58, Ley I, Tít. II, Libro Tercero CC de 1862.

El mismo modificó estructuralmente el anterior sistema registral venezolano; y también alteró de manera sustancial la competencia, la organización y el funcionamiento de las notarías.

A continuación resumimos el impacto del DLRN en la materia testamentaria.

1. En cuanto concierne a las formalidades requeridas para el otorgamiento de los testamentos y para la eficacia de los mismos, las atribuciones que el CC reconocía a los registradores, fueron transferida por el DLRN a los notarios (num. 5 a 7 del art. 74); pero aparte de ello, el DLRN no modificó las disposiciones de dicho CC concernientes a las solemnidades testamentarias.

2. Por otra parte el DLRN derogó la Ley de Registro Público que regía desde 1999 (incluyendo, por consiguiente, las normas complementarias a las del CC, relativas al otorgamiento y presentación de los actos de última voluntad) (Disposición Derogatoria Primera). Pero no dictó disposiciones sustitutivas de las derogadas.

3. En cambio, mantuvo la vigencia del Reglamento de Notarías Públicas promulgado en 1998 –en todo cuanto el mismo no contrariara el DLRN– hasta tanto el Ejecutivo Nacional dicte las normas que habrán de sustituirlo (Disposición Derogatoria Segunda). En todo caso, debe señalarse que el referido Reglamento no contiene disposición alguna concerniente de manera específica, al otorgamiento de testamentos (precisamente en razón de que esa materia era, hasta la promulgación del DLRN, de la exclusiva competencia de las Oficinas de Registro). Y, por otra parte, las normas del aludido Reglamento concernientes a la notarización de documentos en general, no corresponden a las que la derogada Ley de Registro y el mismo CC, establecen para el otorgamiento o la presentación o la inscripción de testamentos.

4. A los efectos de llenar los vacíos y lagunas resultantes de la nueva normativa y de reestructurar la organización y el funcionamiento tanto de los Registros como de las Notarías, la Disposición Transitoria Primera del DLRN fijó el término de ciento ochenta días continuos, contados desde la fecha de su publicación, para que el Ejecutivo Nacional dictara "todos los Reglamentos que sean necesarios para desarrollar el presente Decreto Ley". No obstante, es de observar que ese plazo –contado de conformidad con las previsiones del segundo ap. del art. 12 CC y del art. 4° de la Ley de Publicaciones Oficiales– expiró el 12 de mayo de 2002, sin que hubiera aparecido ni uno de los Reglamentos en cuestión; situación esa que no ha cambiado todavía.

Por consiguiente, se ignora cuál habrá de ser el contenido de ellos.

5. A su vez, la Disposición Transitoria Sexta del DLRN fijó plazo de dos años (contado igualmente desde la fecha de su publicación original), a los efectos de que el Ejecutivo Nacional culmine el proceso de reforma y modernización de las Notarías, para que las mismas puedan cumplir adecuadamente las funciones que ahora les han sido asignadas. Ese plazo se cumplió el 13 de noviembre de 2003; y hasta ahora no se ha iniciado dicho proceso de reforma y modernización.

---

Dentro de la expresada situación, resulta bastante incómodo –por decir lo menos– hacer una exposición más o menos precisa sobre el sistema de las formalidades testamentarias que actualmente rige en el país. En todo caso, procuraremos hacerla interpretando la normativa existente al efecto en el CC y en el DLRN y basados en el principio constitucional de que los Reglamentos que habrá de dictar el Ejecutivo Nacional en relación con el DLRN, no habrán de alterar el espíritu, propósito y razón del mismo ni del CC, en lo concerniente a la materia que nos ocupa (art. 236, 10 CN).

## 33. Diversas especies de Testamento

Ya sabemos que el testamento es un acto jurídico solemne o formal por excelencia (*supra*, n° 25, 4). Procede ahora estudiar en qué consisten sus formalidades o solemnidades.

Las formas del testamento no son las mismas en todas las legislaciones; ni siquiera en aquellas que corresponde a un mismo tipo, como el latino, por ejemplo. En consecuencia, el presente Capítulo se circunscribe a las formas o solemnidades del testamento consagradas en la legislación venezolana.

En todo caso, se debe tener presente que las formalidades requeridas para que el testamento sea válido, son las que exija la ley vigente en la fecha de su otorgamiento (principio *tempus regit actum*, aplicable al efecto); de manera que si el acto se ajusta a las mismas, la circunstancia de que dicha ley haya sido modificada para la fecha de apertura de la sucesión del testador, no afecta en modo alguno la eficacia del mismo (salvo –desde luego– previsión expresa en contrario contenida en la nueva ley modificatoria)[1].

En relación con su forma, el derecho patrio admite dos grandes categorías de testamentos: los ordinarios y los especiales. Se denominan *ordinarios* o *normales*, los testamentos que pueden ser otorgados siempre, en todo momento y en cualquier lugar del país, independientemente de cuáles sean las circunstancias particulares que afectan al testador o al sitio donde él se encuentra. Y se llaman testamentos *especiales* o *extraordinarios*, aquéllos que únicamente pueden ser otorgados cuando el testador o el lugar donde el mismo se halla, está afectado por determinadas y peculiares circunstancias.

A su vez, los testamentos ordinarios pueden ser abiertos o cerrados. Hay testamento abierto, público o nuncupativo, cuando su autor lo otorga en forma tal que todo el mundo puede enterarse de su contenido, aun antes de la apertura de la respectiva

---

1 *Cas.*: GF-I, N° 8, pp. 346-347; GF-I, N° 11, pp. 523-524. *Inst.*: JTR, Vol. VI, T. II, pp. 607-608. En el mismo sentido, *cfr.*: Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. VII, n° 4, pp. 34; Dominici, *op. cit.*, T. II, pp. 72-73; etc.

sucesión (art. 850 CC). Hay testamento *cerrado, privado* o *secreto*, cuando se lo otorga de manera tal que sólo el testador y la persona a quien él ha encargado la redacción del mismo, si fuere el caso, conocen su contenido, ya que el acto sólo se hace público después de la apertura de la correspondiente sucesión (art. 851 CC)[2].

En todo caso, conviene señalar de una vez, que nuestra legislación no admite el testamento verbal, es decir, del cual no queda constancia escrita alguna; ni tampoco el ológrafo, que consiste en un documento privado, escrito, fechado y firmado por el propio testador, pero sin llenar otra formalidad (art. 879 CC)[3].

Por otra parte, son testamentos especiales los que pueden otorgarse únicamente en las siguientes circunstancias: *en lugares donde reina epidemia contagiosa grave* (arts. 865-866 CC); *a bordo de buques, mercantes o de guerra, durante un viaje* (arts. 867-874 CC); *y por militares en campaña* (arts. 875-878 CC).

Ninguna de las diferentes especies y tipos (o sub-especies) de testamento antes aludidos, tiene mayor valor jerárquico que los otros, sino que todos ellos tienen igual categoría legal y jurídica. En consecuencia, un testamento ordinario puede revocar un testamento especial y viceversa; un testamento abierto puede revocar uno cerrado y viceversa; etc. Y desde luego, por medio de un testamento ordinario se puede también revocar otro testamento ordinario; y mediante un testamento especial es posible revocar otro testamento especial.

Conviene agregar, a los fines de evitar cualquier confusión sobre el particular, que sea cual fuere la especie o el tipo de testamento que se utilice, el otorgante siempre dispone de la más absoluta libertad en cuanto a la redacción del mismo, es decir, en lo tocante a la expresión de su voluntad; ya que, al respecto, nuestra legislación no establece ni exige formalismo alguno.

## 34. Testamento ordinario abierto

La legislación venezolana reconoce tres tipos diferentes de testamento ordinario abierto, a saber: el que se otorga por escritura pública ante un notario, de conformidad con los requisitos y formalidades que exige el Reglamento de Notarías Públicas para la inscripción de documentos (o que fue otorgado ante un registrador con anterioridad al 13 de noviembre de 2001, de conformidad con los requisitos y formalidades

---

2 El testamento cerrado se denomina *místico* en la legislación francesa (art. 969 CC).

3 Muy pocas de las legislaciones contemporáneas admiten el testamento verbal y las que lo hacen, sólo lo autorizan en determinadas circunstancias; al respecto podemos citar: la de Austria (art. 24 de la Ley de 31 de julio de 1938, sobre Confección de Testamentos y Pactos sobre Sucesión Futura); y la de la República de China (Taiwan) (arts. 1.189 y 1.195-1.197 CC). En cambio, muchas reconocen y aceptan el testamento ológrafo, a pesar de los riesgos y peligros que el mismo implica; así: arts. 969-970 CC belga; arts. 676 y 688-693 CC español; arts. 696-970 CC francés; arts. 601-602 y 607-608 CC italiano; etc.

que exigía la Ley de Registro Público vigente en la fecha del otorgamiento, para la protocolización de documentos en general) [art. 852 CC y numerales 5 y 7 (parte final) del art. 74 DLRN]; el que se otorga sin inscripción inmediata, ante un notario y dos testigos (o que fue otorgado sin protocolización inmediata, ante un registrador y dos testigos con anterioridad al 13 de noviembre de 2001) [arts. 853-854 CC y numerales 5 y 7 (parte final) del art. 74 DLRN]; y el que se otorga ante cinco testigos sin la presencia de un notario (o de un registrador, si fue otorgado con anterioridad al 13 de noviembre de 2001) u otro funcionario público alguno [arts. 853-855 CC y numerales 5 y 7 (parte final) del art. 74 DLRN].

En lo sucesivo, por razones de simplicidad, aludiremos al primero de dichos tipos de testamento ordinario, como *testamento otorgado por escritura pública*; al segundo, como *testamento otorgado sin inscripción, ante notario; y al tercero, como testamento otorgado ante cinco testigos.*

Por cuanto dichas tres formas de testar corresponden al testamento ordinario, la persona interesada puede utilizar indiferentemente cualquiera de ellas en todo tiempo y lugar, independientemente de cuales sean sus circunstancias particulares o las del sitio o lugar donde se encuentre (*supra*, nº 33)[4].

## 34-A. Testamento otorgado por escritura pública

El acto de última voluntad otorgado por escritura pública es el más utilizado de entre los tres tipos de testamento ordinario abierto.

Interpretando el art. 852 CC, en base a las modificaciones implícitas del mismo, resultantes del texto del art. 74 (numerales 5 y parte final del 7) y de las Disposiciones Derogatorias Primera y Segunda DLRN, habría que entenderlo como si estuviese redactado así: "El testamento abierto debe otorgarse en escritura pública ante un Notario, con los requisitos y formalidades exigidos por el Decreto Ley de Registro y Notariado y por el Reglamento de Notarías Públicas" (esto último, desde luego, hasta tanto se dicte el correspondiente nuevo Reglamento).

Los requisitos en cuestión, son los indicados en los siguientes textos: i) arts. 54 a 61 del Reglamento de Notarías Públicas; ii) arts. 78 y 79 DLRG; y iii) arts. 861 a 864 CC.

A los efectos del otorgamiento de un testamento por escritura pública, ha de tenerse en cuenta las siguientes consideraciones:

---

4 En consecuencia, era absolutamente errónea la jurisprudencia de instancia que surgió en un momento dado, según la cual el testamento otorgado ante cinco testigos, a que se refieren los arts. 853 y 855 CC, sólo podía otorgarse válidamente cuando el testador se encontraba gravemente enfermo y, además, resultaba imposible o difícil contar en el acto con la presencia de un registrador; al respecto, *cfr.*: JTR, Vol. IX, pp. 801-804. Afortunadamente, tal criterio fue rápidamente corregido por Casación; al respecto, *cfr.*: GF-II, Nº 47, pp. 261-263.

1. Para que se cumplan las exigencias del art. 852 CC, el testamento tiene que constar *ab initio*, en escritura pública. En consecuencia, debe ser otorgado directamente ante un Notario cualquiera, independientemente de cual sea el domicilio o la residencia del testador; no puede presentarse ya firmado, a la notaría; ni puede otorgarse ante otro funcionario legalmente autorizado para dar fe pública (tales como un registrador, juez, etc.), para ser posteriormente inscrito en una notaría[5].

2. En la fecha y lugar del otorgamiento del testamento, presentes el testador, el notario y dos testigos designados por el último nombrado (o mayor número de testigos, cuando así la ley lo prescriba), se procede de la siguiente manera: a) El notario debe identificar al testador y a los testigos, de acuerdo con los medios señalados al efecto en el art. 56 del Reglamento de Notarías Públicas. b) Luego, ha de proceder a informar al testador el contenido, naturaleza, trascendencia y consecuencias legales del negocio jurídico testamentario que se propone llevar a cabo (debiéndose dejar constancia del cumplimiento de dicho requisito en el acta o nota a que se hace referencia a continuación). c) El instrumento original del testamento presentado por el testador, deberá estar íntegramente copiado en los Tomos Principal y Duplicado del Libro de Autenticaciones que lleva la notaría (hasta tanto se cree un Libro especial para los testamentos). Y en el acto del otorgamiento del testamento, se estampará en el instrumento original y en ambos Tomos del Libro de Autenticaciones (o del Libro especial para testamentos que haya sido creado), un acta o nota, con los siguientes datos: República de Venezuela; nombre del notario que autoriza el acto e identificación de la oficina notarial, con señalamiento de la jurisdicción estadal de su ubicación; fecha del otorgamiento; identificación del abogado redactor del testamento; nombre y apellidos del testador e indicación del respectivo medio utilizado para su identificación; expresión de la nacionalidad, estado civil y domicilio del testador; señalamiento de que el acto corresponde al otorgamiento de un testamento; identificación de los testigos instrumentales; e indicación del número y del tomo en el cual ha quedado inserto o inscrito el testamento en cuestión.

3. A continuación y siempre en presencia del testador, del notario y de los testigos instrumentales, se procede a la lectura del testamento y a su cotejo en los dos Tomos del Libro donde ha sido inscrito; y el testador debe declarar que se dio cumplimiento a dichas formalidades y de que está conforme con el contenido del testamento original y de sus transcripciones el en Libro notarial (de todo lo cual ha de dejarse constancia en el acta o nota antes citada).

4. Cumplido lo antes dicho, el testador procede a firmar el testamento, tanto en el instrumento original que lo contiene y en el acta o nota de su otorgamiento que figura en el mismo, como también en sus dos transcripciones que aparecen en el

---

5 *Pol.*: GF-II, N° 44, pp. 166-168.

Libro notarial y también en las correspondientes actas o notas de otorgamiento, que hayan sido igualmente estampadas en dicho Libro. Y de seguidas, tanto el notario como los testigos instrumentales firman la nota o acta notarial que aparece en el instrumento del testamento original y en los dos Tomos del Libro de Autenticaciones (o del que haya sido creado para el otorgamiento de testamentos).

5. Por último, se estampa el sello de la notaría tanto en el instrumento contentivo del testamento original, como también en las transcripciones del mismo hechas en el Libro notarial.

6. Aunque no aparece indicado de manera expresa en la normativa legal vigente, es obvio que el conjunto de formalidades antes indicadas tiene que ser cumplido en un solo y mismo acto, pues de lo contrario las mismas carecerían de sentido (por ello es de la mayor conveniencia que se deje esa constancia en la nota o acta notarial del testamento).

7. Realizado todo lo anteriormente expuesto, se entrega al testador su testamento original.

## 34-B. TESTAMENTO OTORGADO SIN INSCRIPCION ANTE NOTARIO

La segunda forma de otorgamiento del testamento ordinario abierto, es también ante un notario cualquiera y dos testigos presenciales (o mayor número de éstos, cuando la ley así lo prescribe), pero sin inscripción inmediata en el respectivo Libro de Autenticaciones (u otro especial para testamentos, que haya sido creado): a ella se refieren los arts 853 y 854 CC, que deben aplicarse tomando en cuenta las enmiendas tácitas que han sufrido por la promulgación del DLRN (especialmente los num. 5 y 7, *in fine* de su art. 74); también se le aplican las previsiones de los num. 1 y 2 del art. 78 del referido DLRN (relativas a la identificación del testador; a la información que debe darle el notario en relación con el contenido, naturaleza, trascendencia y consecuencias legales del testamento que se propone otorgar); y de los arts. 54 a 56 del Reglamento de Notarías Públicas, concernientes a otros detalles de las formalidades que deben cumplirse en el acto del otorgamiento). Por último, pensamos que aunque el DLRN derogó la Ley de Registro Público vigente para la fecha de la promulgación de aquél, sería recomendable continuar cumpliendo de hecho las formalidades que al respecto prescribía dicha Ley derogada, para el otorgamiento de este tipo de testamento ordinario abierto (art. 110, num. 2 de la misma), hasta tanto se establezcan las correspondientes formalidades en los nuevos Reglamentos que deberán dictarse sobre el particular (en el entendido, desde luego, de que la circunstancia de que se proceda de otra manera –antes de la promulgación de los aludidos nuevos Reglamentos– no vicia el acto en modo alguno, siempre que se cumplan las respectivas formalidades señaladas en el CC, en el DLRN y en el vigente Reglamento de Notarías Públicas).

En todo caso, cabe señalar que el testamento que se otorga de esta manera, consta *ab initio* en documento auténtico (igual que el otorgado por escritura pública: *supra*, nº 34A). No obstante, en la práctica, es una forma de testar muy poco utilizada.

En base a lo antes expuesto, indicamos a continuación los procedimientos a seguirse en el otorgamiento de testamento otorgado sin inscripción, ante notario.

1. El testador puede optar por comparecer ante el notario y los testigos con su testamento ya redactado o por hacerlo sin consignar texto escrito alguno del mismo.

a) Cuando el testador tiene redactado su testamento, debe presentarlo –sin firmar– a dichos funcionario y testigos y declarar ante ellos que el documento en referencia contiene su última voluntad.

b) Si el testador no tiene redactado el testamento, debe declarar cuál es su contenido ante el notario y los testigos y en seguida se procede a reducir a escrito esa declaración, bajo la dirección del notario.

2. En la primera hipótesis (el testador presenta su testamento ya redactado), el notario procede a dar lectura al acto de última voluntad ante todos los concurrentes –a menos que el testador prefiera hacerlo personalmente– sin que dicha lectura puedan hacerla separadamente las personas que intervienen o hacerse separadamente a ellas. Y seguidamente [como decía el art. 110, num. 2, a) de la derogada Ley de Registro Público], el notario estampa un acta inmediatamente después de la última palabra del testamento, sin dejar espacio alguno en blanco, en la que hace constar la consignación del testamento ya escrito; la declaración del testador de que ese es su acto de última voluntad; de que éste ha sido leído en forma conjunta; y de que se han cumplido las demás formalidades del caso (particularmente las relativas la unidad del acto y a la información que debe dar el notario al testador, en relación con el contenido, naturaleza, trascendencia y consecuencias legales del acto testamentario). Seguidamente en el mismo acto, el testador, el notario y los testigos proceden a firmar el instrumento conjunto, constituido por el testamento y la referida acta.

En el segundo supuesto (el testador no presenta su testamento redactado, sino que declara su contenido ante el notario y los testigos), el funcionario procede a reducir a escrito la declaración de última voluntad, en presencia del testador y de los testigos; y levanta un acta en la que se deja constancia de los siguientes hechos: la comparecencia del testador ante el notario y los dos testigos; la declaración testamentaria hecha por el testador y de su reducción a escrito bajo la dirección del notario, en los términos contenidos en el acta; la lectura de ésta por el notario o por el mismo otorgante, si éste así lo prefiere; la indicación de que todo lo anteriormente señalado ha pasado en un mismo acto; y de que tanto el notario como los testigos dan fe de la identificación del testador. Seguidamente y siempre en el mismo acto, firman el instrumento en cuestión, el testador, el notario y los testigos [art. 110, num. 2, b) de la derogada Ley de Registro Público]. Dicha acta, además, debe dejar constancia de la información

dada por el notario al testador, concerniente al contenido, naturaleza, trascendencia y consecuencias legales del acto testamentario (art. 78, 2 del DLRN).

3. Es obvio que en todo caso, el acta notarial testamentaria debe indicar también el nombre y la ubicación geográfica de la Notaría actuante y de la fecha correspondiente a las expresadas actuaciones y llevar el sello notarial. Dicho instrumento queda en poder del testador.

4. Una vez cumplidas todas las solemnidades señaladas, el testamento queda debidamente otorgado; sin embargo es indispensable su ulterior inscripción en la misma Notaría donde fue otorgado, para que pueda deducirse cualquier derecho derivado de él (últ. ap. del art. 854 CC).

Ello significa, en consecuencia, que si bien este tipo de testamento abierto no requiere su inscripción en el Libro de Autenticaciones de la Notaría (o en otro Libro que se cree especialmente para los testamentos), en el propio acto del otorgamiento, si la necesita en otro acto que debe llevarse a cabo a posteriori, aunque no existe al respecto plazo fatal o de caducidad para efectuarla: en otras palabras, ese trámite final puede llevarse a cabo en cualquier momento, ya sea en vida del testador o después de su fallecimiento, pues al respecto el art. 916 CPC autoriza a los herederos instituidos en el testamento en cuestión o a cualquier otra persona interesada, a los efectos de solicitar que se efectúe su inscripción notarial.

El últ. ap. del art. 854 CC señala que la referida inscripción a posteriori del testamento otorgado ante notario pero sin inscripción inmediata, no requiere el cumplimiento de formalidad adicional alguna. Con ello se quiere decir que no es necesario que el testador intervenga en esa tramitación, pues la misma puede llevarla a cabo cualquier persona actuando como presentante del testamento ya otorgado, a los solos fines de su inscripción; y desde luego tiene que ser así, puesto que –conforme acabamos de indicar– tal inscripción puede tener lugar incluso después de la muerte del testador (claro está que si el propio testador puede y desea hacerlo, también podría actuar como presentante del testamento a los fines dichos, ante la respectiva Notaría).

Reiteramos, en todo caso, que el aludido testamento otorgado sin inscripción, ante notario, carece sin embargo de eficacia hasta tanto se lleve a cabo su inscripción en la notaria donde fue formalizado.

## 34-C. Testamento otorgado ante cinco testigos

Señala el art. 853 CC que el testamento ordinario abierto también puede otorgarse ante cinco testigos, sin la concurrencia de funcionario público alguno. Se trata del único testamento ordinario abierto que –al menos originalmente– consta en simple instrumento privado.

1. En realidad, los únicos formalismos que ha consagrado el legislador para el otorgamiento de este tipo de acto de última voluntad, son los siguientes: tiene que constar por escrito (arts. 855-856 CC); ha de ser firmado por el testador (art. 856) CC); tiene que ser también firmado por todos los testigos (art. 855 CC); y, finalmente, éstos tienen que haber sido enterados de la ultima voluntad del testador (ya que de no ser así, mal podrían luego reconocer "el contenido del testamento", como lo exige el art. 855 CC). Por lo demás, según debe necesariamente deducirse del texto del art. 853 CC, la firma del testamento por el testador y por los testigos debe efectuarse en un mismo acto, toda vez que de lo contrario mal podría hablarse de testamento otorgado "*ante* cinco testigos".

2. En la práctica, sin embargo, esta forma de testar suele llevarse a cabo siguiendo, en términos generales, el siguiente procedimiento: el otorgante expresa a los testigos sus disposiciones de última voluntad (sea presentándoles el testamento que ya tiene redactado o dictándolo a alguno de los presentes para que lo reduzca a escrito); a continuación, se procede a la lectura de viva voz del instrumento en cuestión; y finalmente, el testador y todos los testigos firman el testamento, en el mismo acto. El documento queda en poder del testador o de la persona que él designe al efecto.

Conviene en todo caso insistir en que nada de lo que acabamos de indicar deriva de precepto legal alguno; por ende, la circunstancia de que se proceda de otra manera en el acto del otorgamiento del testamento ante cinco testigos, no puede afectar la validez y la eficacia de éste, siempre que se haya cumplido las formalidades señaladas en el precedente párrafo 1, que son las únicas exigidas por el CC[6].

3. El acto de última voluntad otorgado ante cinco testigos no queda automáticamente perfeccionado, sino que para ello se requiere, indispensablemente: i) que *dos* por lo menos de dichos testigos reconozcan judicialmente su firma y el contenido del testamento, dentro de los *seis meses* siguientes a la fecha del otorgamiento; y ii) que el testador efectúe igualmente el reconocimiento judicial del testamento, si vive y no está materialmente imposibilitado de hacerlo en la fecha cuando lo lleven a cabo los testigos presenciales (art. 855 CC y art. 917 CPC).

La imposibilidad del testador para reconocer el testamento puede resultar de su muerte, de enfermedad grave, de pérdida de la lucidez mental, de estado de inconsciencia, etc.; pero, en cualquier caso, tiene que ser de tal naturaleza, que haga materialmente imposible el reconocimiento del instrumento en cuestión. Tal imposibilidad, por lo demás, es demostrable por todos los medios legales.

6 Ese criterio está confirmado por Casación; al respecto, *cfr.*: GF-II, Nº 17, pp. 270-272. Dicha decisión incluso descarta como solemnidad esencial del testamento otorgado ante cinco testigos, que éstos tengan que conocer el contenido del mismo: no estamos de acuerdo con esto último, por las razones señaladas poco antes. Por lo demás, existe también doctrina de Casación según la cual no puede calificarse como testigos instrumentales del otorgamiento de testamentos, a quienes firman un documento cuyo contenido ignoran; al respecto, *cfr.*: M. 1897, pp. 232-233.

Conviene observar, también, que el reconocimiento judicial del testamento, por parte del testador, sólo es indispensable si éste vive y no se encuentra imposibilitado para efectuarlo *en la fecha cuando lo hacen los testigos presenciales*. De manera que si para ese momento el testador aun vive, pero no tiene la posibilidad de llevar a cabo, por su parte, dicho reconocimiento, éste ya no es necesario (por lo que a él respecta, desde luego); y todo ello, aunque después –y antes del vencimiento de los seis meses contados desde la fecha del otorgamiento del testamento– desaparezca la referida imposibilidad para reconocerlo que afectaba al testador. En esa hipótesis, pues (como también en el caso de que el testador hubiere fallecido antes del reconocimiento de su testamento por los testigos presenciales), dicho acto de última voluntad se perfecciona con el reconocimiento del mismo por los testigos, únicamente.

Finalmente, nos parece obvio –aunque no exista previsión legal expresa sobre el particular– que cuando en el testamento otorgado ante cinco testigos, el testador ha designado un firmante a ruego, por no saber o por no poder él mismo hacerlo (art. 856 CC), dicho firmante también tiene que reconocer su firma y el contenido del testamento, si viviere y no estuviere materialmente imposibilitado de hacerlo, en la oportunidad cuando tal reconocimiento sea llevado a cabo por los testigos presenciales.

4. Tal como lo señala el art. 855 CC, el reconocimiento ulterior del testamento otorgado ante cinco testigos –por no menos de dos de éstos y por el testador (si vive y no está imposibilitado)–comprende y se refiere a sólo dos elementos o aspectos del acto testamentario: que la firma que allí aparece como suya, es efectivamente de la persona que efectúa el reconocimiento y que el testamento en cuestión realmente contiene las disposiciones de última voluntad del testador.

Sin embargo, según dispone el art. 917 CPC[7], a los efectos del reconocimiento judicial de dicho testamento, el mismo debe presentarse dentro de los seis meses siguientes a su otorgamiento, ante el Juez de Primera Instancia en lo Civil de la jurisdicción donde se encuentre, a fin de que esa autoridad judicial interrogue a los testigos –y al testador, si fuere el caso– sobre los siguientes hechos: si el acto del otorgamiento del testamento se verificó estando los cinco testigos reunidos con el testador; si el testamento fue leído en alta voz en presencia del testador y los testigos; si presenciaron la firma del testamento por el testador y por los testigos; si las firmas que aparecen en el testamento, son efectivamente las de dichos testador y testigos; y si a su juicio, el testador se hallaba en condiciones de hacer testamento.

Evidentemente, pues, existe una clara discrepancia entre los preceptos de la ley sustantiva y los de la ley adjetiva, en lo tocante a la materia que nos ocupa.

La doctrina, empero, está pacíficamente de acuerdo en los siguientes puntos: a) que lo esencial en el reconocimiento judicial ulterior del testamento otorgado ante

7 Equivalente al art. 780 CPC de 1916.

cinco testigos, son los dos elementos o aspectos determinados en el art. 855 CC; b) que el interrogatorio judicial referente a los otros elementos o aspectos adicionales, señalados en el art. 917 CPC, no es esencial ni indispensable, puesto que la ley sustantiva y la adjetiva, no consagran –en realidad– que tales elementos o aspectos adicionales sean solemnidades necesarias en el otorgamiento de ese tipo de testamento abierto, motivo por el cual mal podrían estimarse como determinantes, en el acto del reconocimiento ulterior del mismo[8].

Por lo demás, puede perfectamente proceder la declaración de nulidad del referido testamento, aunque sean absolutamente satisfactorias todas las respuestas de los testigos del mismo, a las preguntas que indica el art. 917 CPC.

El art. 919 CPC[9] señala que las diligencias antes mencionadas deben efectuarse en actos separados, para cada una de personas que deben hacer el reconocimiento del testamento; y con arreglo a las formalidades que ese mismo Código exige para el examen de testigos[10].

5. Pero antes de que pueda deducirse derecho alguno de dicho testamento (aunque se haya verificado su reconocimiento de conformidad con lo preceptuado por el art. 855 CC), es indispensable llevar a cabo la inscripción del mismo. A tales efectos, dispone el art. 920 CPC[11], que una vez practicadas todas las diligencias relativas a ese reconocimiento, la autoridad judicial que haya intervenido en ellas debe ordenar la expedición de una copia certificada de las disposiciones testamentarias en cuestión, la cual ha de remitir, para su inscripción, a una Notaria de la misma jurisdicción territorial, junto con el testamento original y las actuaciones del reconocimiento, para que uno y otras sean archivos en la misma oficina notarial.

## 35. TESTAMENTO ORDINARIO CERRADO

Como anteriormente señalamos, el testamento cerrado, por ser una forma de testamento ordinario, también puede ser otorgado en cualquier momento y circunstancia, sin que al efecto se deba tomar para nada en cuenta la situación peculiar del

8 Al respecto, *cfr.*: Dominici, *op. cit.*, T. II, p. 76; Farrera, op. cit., nos. 145-147, pp. 129-131; A. Borjas, *Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano*, Biblioamericana, Buenos Aires, 1947, T. VI, pp. 347-348.

9 Equivalente al art. 782 CPC de 1916.

10 La jurisprudencia se ha pronunciado, generalmente, en el sentido de que para que sea válido el reconocimiento del testamento otorgado ante cinco testigos, el mismo se debe llevar a cabo ante un juez de Primera Instancia en lo Civil (tal como lo exige el art. 917 CPC vigente) y que, por consiguiente, no puede efectuarse ante otra autoridad judicial u otro funcionario (*v.gr.*: un notario); y que, en consecuencia, los registradores (hoy los notarios) debían abstenerse de inscribir los testamentos de ese tipo, si se ha procedido de otra manera. Al respecto, *Pol.*: GF-II, N° 13, Vol. I, pp. 87-88; GF-II, N° 59, pp. 33-34. *Inst.*: JTR, Vol.VI, T. II, pp. 608-610. *Contra, Pol.*: GF-II, N° 11, Vol. I, pp. 59-61).

11 Equivalente al art. 783 CPC de 1916.

testador o la del sitio donde él se encuentra; pero a diferencia del testamento abierto, el contenido del cerrado no se hace público sino después de la apertura de la sucesión de su autor (*supra*, nº 33). Por tales razones se utiliza este tipo de testamento, cuando –por uno u otro motivo– el interesado desea o prefiere que su última voluntad no sea conocida mientras viva.

Recordemos también que, precisamente por razones de protección al propio testador, además de las otras incapacidades generales para disponer por testamento (art. 837 CC), la ley añade una particular y específica relativa al testamento cerrado: no pueden otorgarlo quienes no saben o no pueden leer (art. 859 CC) (*supra*, nº 29, 4).

El art. 851 CC se limita a definir el testamento cerrado, como "aquel en que se cumplen las formalidades establecidas en el artículo 857". Sin embargo en esta materia también regían anteriormente las respectivas normas de la Ley de Registro Público, hoy derogada; y en la actualidad se aplican igualmente las que señalan los arts. 74 (num. 6) y 78 DLRN. Pasamos a reseñarlas.

1. El testador debe escribir o hacer escribir por un tercero su ultima voluntad y, luego, cierra y sella ese escrito, o lo introduce en una cubierta o sobre, que cierra y sella; también puede presentar su testamento ya escrito, pero sin cerrarlo y sellarlo, al notario que haya escogido al efecto y pedir a éste que proceda a cerrarlo, o a introducirlo en una cubierta o sobre y a sellarlo. En todo caso, el escrito contentivo del testamento debe quedar en forma tal, que no pueda abrirse o extraerse sin ruptura o alteración del mismo, o de su cubierta o sobre, o de sus sellos. Dicha selladura, en la práctica, suele hacerse con pegamento y lacre, pero también podría llevarse a cabo por cualquier otro medio apropiado.

2. El testador ha de presentar su testamento a un notario cualquiera –independientemente de cual sea el domicilio o la residencia de aquél– y declarar a dicho funcionario, en presencia de tres testigos: i) que el documento que presenta, contiene sus disposiciones de última voluntad; ii) si dicho instrumento fue, o no, escrito por él; y iii) si el mismo está, o no, firmado por él.

Dispone el art. 858 CC, que en las hipótesis de que el testador sepa leer, pero no sepa o no pueda escribir, tiene que declarar adicionalmente: a) la causa o el motivo por el cual no firmó su testamento; y b) declarar que leyó sus disposiciones (de todo lo cual se debe dejar constancia en el acta a que hacemos referencia en el párrafo 3).

Si el testamento en cuestión no se presenta cerrado y sellado, el notario–siempre en presencia de los testigos– debe proceder a hacerlo. También puede el aludido funcionario, aunque el testamento se presente cerrado y sellado, introducirlo en otra cubierta o sobre más grande y proceder, a su vez, a cerrar y sellar éste[12].

12 *Cas.*: GF-II, Nº 30 (Vol. Casación Civil), pp. 181-186. *Inst.*: JTR, Vol. VII, T. II, pp. 870-881.

3. El notario hace levantar luego un acta en la cubierta o sobre del testamento, en la cual, además de expresar el nombre completo de la oficina a su cargo y la fecha del acto, da fe de la presentación y entrega del testamento, con expresión de todas las formalidades requeridas, que son las anteriormente señaladas y, además, la indicada en el num. 2 del art. 78 DLRN, a saber: que el notario interviniente informó al testador sobre el contenido, naturaleza, trascendencia y consecuencias del testamento cerrado que el último ha decidido otorgar. El acta en cuestión debe ser firmada por el referido funcionario, por el testador y por los testigos.

4. Aunque en la actualidad no hay norma legal vigente que lo exija, nos parece obvio que todas las formalidades o solemnidades antes indicadas, debe ser cumplidas en un solo acto; y es de la mayor conveniencia que se deje constancia de ello en el acta aludida en el precedente párrafo 3.

5. El testamento cerrado, una vez formalizado su otorgamiento en la forma expuesta, queda en poder del testador.

## 36. Solemnidades especiales adicionales concernientes al otorgamiento de Testamentos ordinarios

La ley considera que la protección del testador que se encuentra en ciertas y determinadas situaciones, exige, además de las formalidades antes señaladas relativas al otorgamiento de los testamentos ordinarios, el cumplimiento de otras solemnidades complementarias.

1. *Testador que no sabe o que no puede firmar.*

En tal supuesto, se debe cumplir los requisitos adicionales que a continuación indicamos.

a) Primeramente, cuando se trata de testamento abierto, el testador debe dejar constancia de la circunstancia de que no sabe o no puede firmar, en el propio instrumento (art. 856 CC).

En cambio, ello no es indispensable si fuere el caso de un testamento cerrado, pues entonces sólo se exige que el testador así lo declare al funcionario a quien lo presenta (regla 5ª del art. 857 y art. 858 CC).

b) En segundo término, el testador tiene que designar un firmante a ruego, quien debe ser persona diferente de los testigos instrumentales del acto.

Ese firmante debe suscribir el testamento mismo, cuando es abierto y se otorga por escritura pública o ante cinco testigos sin la presencia de notario (art. 856 CC).

Pero si se trata de testamento abierto otorgado sin protocolización ante notario, el firmante a ruego no suscribe el propio acto de última voluntad, ya que tampoco lo haría el testador si supiera y pudiera hacerlo, pues conforme hemos visto, en tal caso

debe estamparse el acta notarial a continuación de la última palabra que aparezca en el testamento, sin dejar espacio alguno en blanco (*supra*, nº 34-B, 3). Y en el caso de testamento cerrado, como éste se presenta de esa manera, cuando el testador no sabe o no puede firmar, basta simplemente que declare esa circunstancia al notario respectivo y nadie firma el testamento (*supra*, nº 35, 2).

Además, cuando el testamento abierto es otorgado por escritura pública, o el testamento abierto es otorgado sin protocolización ante notario, o se otorga testamento cerrado, dicho firmante debe también suscribir el acta notarial que se levante en el propio testamento (si es abierto) o en la carátula de su cubierta (si es cerrado) y en los libros (regla 5ª del art. 857 CC).

Por el contrario, si se trata de testamento abierto otorgado ante cinco testigos, el firmante a ruego no suscribe el acta notarial, puesto que tampoco la firmaría el testador si viviera y pudiera hacerlo: recuérdese que en dicho caso, tal acta sólo se levanta después de reconocido el testamento, cuando la autoridad judicial remite copia certificada del mismo, al notario correspondiente (*supra*, nº 34-C, 5).

c) En el acta notarial del testamento, debe hacerse mención de la circunstancia por la cual no pudo firmar el testador y también señalarse que lo hizo en su nombre el firmante a ruego (regla 5ª del art. 857 y art. 858 CC).

2. *Testador sordomudo o mudo.*

Las formalidades adicionales que deben cumplirse en tales situaciones, son las que se indican a continuación.

a) Cuando se trata de testamento abierto, el otorgante sordomudo o mudo que lo presente ya redactado, debe escribir al pie del instrumento, en el propio acto del otorgamiento y en presencia del notario y de los testigos, una nota que indique que el mismo efectivamente contiene sus disposiciones de última voluntad; si se trata de testamento otorgado ante cinco testigos, tal manifestación escrita debe hacerse a ellos. Cuando el testador sordomudo o mudo no presenta redactado su testamento, sino que desea que ello sea hecho por el notario, debe manifestar por escrito a dicho funcionario y a los testigos instrumentales, cuál es su voluntad; y una vez redactado el testamento bajo la dirección del notario, debe poner al pie su aprobación, siempre en presencia del notario y de los testigos (ap. del art. 861 CC).

b) En caso de tratarse de testamento cerrado, el otorgante sordomudo o mudo debe escribir en la cabeza de la cubierta o sobre que lo contenga y en presencia del notario y de los testigos, que el pliego que presenta contiene sus disposiciones de última voluntad; y, en caso de que el documento haya sido escrito por un tercero, el testador debe agregar a esa nota su declaración de que lo ha leído (segundo ap. del art. 861 CC).

c) El acta del notario debe expresar, en adición a las menciones que normalmente tienen que aparecer en ella, que el testador declaró por escrito en su presencia y en

la de los testigos, todo lo que acabamos de señalar en el párrafo a), si se trata de testamento abierto; o en el párrafo b), si se trata de testamento cerrado (últ. ap. del art. 861 CC).

3. *Testador absolutamente sordo.*

Su testamento también requiere el cumplimiento de ciertas formalidades complementarias de las normales.

a) Si se trata de testamento abierto, el testador debe leer por sí mismo el acta notarial testamentaria y en ella debe hacerse mención de tal circunstancia (art. 862 CC).

En tratándose de testamento cerrado, no existe ese requisito adicional, por cuanto el otorgante presenta ya redactado el testamento y no existe peligro alguno de que la nota testamentaria pueda alterar su contenido.

b) En caso de que el testador sea absolutamente sordo y, además, no sepa o no pueda leer, "se necesitan dos testigos más de los requeridos en el artículo 853 y [dicho testador] debe expresar de palabra su voluntad ante ellos" (ap. del art. 862 CC).

La norma no nos parece del todo clara. Sin embargo, a nuestro modo de ver, se refiere únicamente a las dos formas de otorgamiento del testamento abierto, previstas en el citado art. 853 CC: sin protocolización ante notario y ante cinco testigos, casos en los cuales, si el otorgante es absolutamente sordo y además no sabe o no puede leer, se requieren cuatro y siete testigos, respectivamente (en lugar de los dos y cinco exigidos –también respectivamente– para los casos normales). Por consiguiente, la regla especial en comentario no sería aplicable cuando el testamento abierto se otorga por escritura pública[13].

4. *Testador que no entiende el idioma español.*

La persona que no habla o no entiende el idioma castellano, puede sin embargo otorgar en Venezuela testamento ordinario, abierto o cerrado, pero tiene que ser asistido en ese acto, por un intérprete designado por el mismo otorgante. Tal intérprete –que no necesita ser público– debe también firmar el acta notarial; en la cual, además, se ha de dejar constancia de la presencia del intérprete, de la circunstancia de haberlo elegido el testador y de la asistencia prestada por aquél a éste (art. 863 CC ).

5. *Testador carente de identificación apropiada.*

Dispone el art. 56 del Reglamento de Notarías Públicas, relativo al otorgamiento de documentos en general en dichas oficinas, que cuando el otorgante es venezolano, debe identificarse con su respectiva cédula de identidad. Si carece de ella o no puede presentarla por causa justificada y se trata de un caso de urgencia –situación que generalmente se admite cuando se trata de otorgamiento de testamentos– el notario

---

13 No obstante, parecería que Sanojo (*op.cit.*, T. II, n° 261, p.229) y Farrera (*op. cit.*, n° 162, p. 147), consideran que la previsión del ap. del art. 862 CC debe aplicarse a todo tipo de testamento ordinario abierto. Y por el contrario, daría la impresión de que Dominici (*op. cit.*, T. II, pp. 93-94), aunque no de manera del todo explícita, fuera del mismo criterio nuestro.

puede dar fe de que conoce a dicho otorgante; y de no ser así, éste puede identificarse con pasaporte expedido por las autoridades venezolanas. En caso de que no fuere posible llevar a cabo la identificación de la persona en cuestión por alguno de los expresados medios, el notario debe exigir que se haga con la declaración de dos testigos hábiles y capaces, que necesariamente se tienen que identificar por alguno de los medios antes señalados: estos testigos deben dar fe de la identidad del otorgante y el notario deberá darla de la identidad de tales testigos.

Los testigos en cuestión son adicionales a los testigos instrumentales del acto y ellos también deben suscribir el acta testamentaria notarial, donde debe dejarse razón de la expresadas circunstancias.

Cuando el testador es extranjero, la referida norma reglamentaria, remite a las disposiciones de la Ley Orgánica de Identificación. El art. 5° de la misma, señala que cuando es el caso de extranjeros residentes, ellos se deben identificar con su cédula de identidad expedida por las autoridades venezolanas; de no ser residentes, deben hacerlo con su respectivo pasaporte; y si fueren miembros de las misiones diplomáticas o consulares acreditadas en el país, se admite también que su identificación se lleve a cabo conforme a las normas legales correspondientes y a las prácticas internacionales.

Las previsiones señaladas se aplican a todo tipo de testamentos ordinarios.

## 37. TESTIGOS DE LOS TESTAMENTOS ORDINARIOS

El art. 864 CC, consagra una serie de requisitos y de incapacidades para actuar como testigo en el otorgamiento de actos de última voluntad. Esas reglas –con la sóla salvedad que más adelante señalaremos– rigen para todo testamento *ordinario*: tanto los tres tipos de testamento abierto, como también el cerrado.

1. Primeramente, el testigo testamentario tiene que ser de *mayor edad* y debe *conocer al testador*. El primero de esos requisitos no amerita comentario adicional alguno. Respecto del segundo, bástenos decir que el conocimiento del testador que ha de tener el testigo, no tiene que datar de época anterior al acto del otorgamiento, sino que basta que el testigo conozca al testador en el propio momento de dicho acto y, en consecuencia, pueda dar fe de su identidad.

2. No pueden ser testigos de testamentos, *quienes no saben leer y escribir*, toda vez que ellos deben participar en la lectura del acto de última voluntad y tienen que firmar la nota o acta notarial del mismo (si se trata de testamento abierto otorgado por escritura pública, de testamento abierto otorgado sin protocolización ante notario o de testamento cerrado) o el propio testamento (cuando éste se otorga ante cinco testigos, sin la presencia de notario). Es más, entendemos dicha incapacidad en el sentido de que la misma abarca y comprende a la persona que aunque sepa leer y escribir, no pueda hacerlo en el momento del otorgamiento del testamento, puesto

que, de hecho y a los efectos de la actuación del testigo en dicho acto, ello equivale exactamente a no saber leer y escribir.

3. Tampoco pueden ser testigos en los testamentos, los *ciegos*, los *totalmente sordos*, los *totalmente mudos* y las personas que *no entienden el idioma español*, puesto que mal podrían darse cabal cuenta de lo que realmente ha sucedido en el acto del otorgamiento.

4. La ley declara asimismo incapaces para actuar como testigos testamentarios, los *parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, del notario que autoriza el acto*, a fin de erradicar la posibilidad de que dicho funcionario y sus referidos parientes –dada la confianza que se supone existe entre ellos– puedan confabularse para desfigurar, de una u otra manera, la voluntad del otorgante.

Por la misma razón, dentro de la expresada incapacidad también debería haberse incluido al cónyuge y al hijo adoptivo (en adopción antigua) del notario actuante y la circunstancia de que no sea así, sólo puede explicarse como un descuido del legislador: sin embargo, por ser siempre de carácter excepcional las normas legales sobre incapacidad, resulta imposible extender la que ahora nos ocupa, al cónyuge y al hijo adoptados en adopción antigua del notario en cuestión.

5. De la misma manera, no pueden ser testigos en el otorgamiento de testamentos *abiertos*, los *herederos* y los *legatarios* instituidos en ellos. Tal incapacidad obedece igualmente a la necesidad de proteger al testador, respecto de las personas que deben intervenir en el acto. Se trata, sin embargo, de la única regla sobre testigos testamentarios que no afecta ni se refiere al testamento cerrado, lo cual se explica por razones muy claras: éste, por hipótesis, es redactado privadamente por el testador y nadie conoce su contenido, de manera que mal podrían actuar de manera abusiva, quienes simplemente dan fe de la presentación del respectivo documento –cerrado– al funcionario competente.

6. Por último, es incapaz para actuar como testigo de testamentos, toda persona que tenga algún *impedimento general para declarar en todo juicio*. Los casos de tal incapacidad, están previstos en el art. 477 CPC: son los *entredichos* por defecto mental y los *testigos de oficio*.

Las restantes inhabilidades para testimoniar en juicio, señaladas en los arts. 478-480 CPC, no determinan incapacidades para ser testigo testamentario, ya que no constituyen impedimentos *generales* para declarar en *todo* juicio, sino únicamente impedimentos especiales para hacerlo en determinados procedimientos judiciales.

A los efectos de las incapacidades para actuar como testigo en el otorgamiento de testamentos, se atiende únicamente al momento del acto en cuestión y no a la situación del testigo con anterioridad o con posterioridad a la fecha del mismo.

## 38. Otras normas administrativas relacionadas con el otorgamiento de Testamentos ordinarios

Antes de pasar a la materia de los testamentos especiales, creemos oportuno agregar unas rápidas consideraciones sobre ciertas normas que figuran en el Reglamento de Notarías Públicas y en el Decreto N° 601 de 20 de setiembre de 1957, aplicables al otorgamiento de testamentos y a las cuales no hemos hecho alusión con anterioridad. Son las relativas a la urgencia del acto y las relacionadas con el Registro Central de actos de última voluntad.

1. Por razones obvias, los arts. 57, 58 y 99 de la derogada Ley de Registro Público de 22 de octubre de 1999 (como igualmente las Leyes de Registro Público que la habían precedido), consideraban el otorgamiento de testamentos como un acto urgente, motivo por el cual consagraban normas especiales tendentes a facilitar su rápida ejecución.

A tal efecto, dichas normas señalaban que los Registradores Subalternos tenían la obligación de cumplir sus obligaciones concernientes al otorgamiento y registro de los actos de última voluntad, sea cual fuera el día (laborable o feriado), la hora (de día o de noche) o el sitio (en su Oficina o fuera de ella), cada vez que así lo solicitaran los interesados. Y que, correspondientemente, en tales actos los registradores no tenían que seguir el orden de inscripción de documentos, en base a sus respectivas fechas de presentación, que en cambio sí debía ser respetado como regla general, cuando se trataba de documentos no urgentes.

Como ya se dijo al inicio del presente Capítulo, dicha Ley de Registro fue derogada por el DLRN. Empero, siendo así que efectivamente el acto de otorgamiento de testamento debe estimarse –al menos en principio– como de carácter urgente, pensamos que las disposiciones que figuran en el art. 57 del Reglamento de Notarías Públicas vigente, relacionadas con los arts. 16 y 19 *ejusdem*, permiten concluir que la misma situación antes existente, continúa siendo aplicable a los notarios que ahora intervienen en el otorgamiento de actos de última voluntad.

2. Al menos en teoría (por cuanto entendemos que no ha sido derogado), aun está en vigor el Decreto N° 601 de 20 de setiembre de 1957, mediante el cual se creó el Registro Central de actos de última voluntad, adscrito al Ministerio de Justicia (hoy Ministerio del Interior y Justicia), en el cual se debe dar razón de todo acto testamentario. A ese fin, los funcionarios que intervienen en el otorgamiento de testamentos tienen la obligación de informar a dicho Registro, sobre los testamentos y otros documentos relacionados con actos de última voluntad, en los cuales hayan participado.

Por su misma naturaleza, las previsiones del referido Decreto son aplicables a todo tipo de testamentos.

De hecho no obstante –hasta donde tenemos conocimiento– ese Registro Central de actos de última voluntad, jamás ha funcionado en la práctica.

## 39. Testamentos especiales

Ya hemos dicho que al lado de las formas normales u ordinarias de testar, que estudiamos poco antes (*supra*, nos. 34, 34-A a 34-C y 35), existen otras especiales o extraordinarias, las cuales sólo pueden ser utilizadas en las siguientes circunstancias: en lugares donde reina epidemia contagiosa grave; a bordo de buques, mercantes o de guerra, durante un viaje; y por militares en campaña.

Señalemos de una vez que todo testamento especial es abierto; es decir, no existen testamentos especiales cerrados.

También es necesario advertir que a los efectos de precisar las formalidades requeridas para el otorgamiento de testamentos especiales, resulta indispensable armonizar las correspondientes disposiciones del CC, con las que actualmente figuran en el DLRN (particularmente las del art. 74, num. 5; y de las Disposiciones Derogatorias Primera y Segunda).

1. *Testamento otorgable donde reina epidemia contagiosa grave (arts. 865-866 CC).*

Para que pueda recurrirse a esta forma de otorgar testamento especial, es indispensable la concurrencia de cuatro condiciones, a saber: i) que se trate de un sitio en el cual reine una *epidemia*, es decir, una enfermedad que acomete simultáneamente a gran número de personas; ii) que dicha epidemia sea *grave*, a saber, que pueda causar la muerte de sus víctimas; iii) que se trate, además, de una epidemia que sea o que se considere *contagiosa*, lo cual significa que la misma se transmite –o al menos se la estime transmisible– por contacto inmediato o mediato con las personas ya afectadas por ella o con cosas de dichas víctimas o utilizadas por éstas; y iv) que el testador *se encuentre* precisamente en ese sitio o lugar. Pero no es necesario que el testador esté afectado por la enfermedad en cuestión, cuando otorga su acto de última voluntad.

Establece el art. 865 CC, que de existir las condiciones y circunstancias anotadas, "es válido el testamento hecho por escrito ante el Registrador o ante cualquier Autoridad judicial de la jurisdicción, en presencia de dos testigos". Antes de continuar, debemos efectuar ciertas precisiones.

El DLRN no derogó el citado art. 865 CC, motivo por el cual el mismo continúa en vigor. En cambio, dicho DLRN sí dejó totalmente sin efectos la Ley de Registro Público (Disposición Derogatoria Primera), motivo por el cual el "Registrador" a que se refiere la norma en comentario, no puede ser el "Registrador Subalterno" a quien se alude en la Ley derogada. Por otra parte, el DLRG modificó por completo el sistema registral venezolano que existía con anterioridad –particularmente en lo relativo al otorgamiento de testamentos– ya que incluso eliminó la facultad que tradicionalmente tenían los Registra-

dores Subalternos para intervenir al respecto; facultad ésa que, al menos en principio, fue atribuida a los Notarios (num. 5 y 6 del art. 74). Sin embargo, en la norma que acabamos de señalar, únicamente se reconoce a los notarios la facultad de intervenir en el otorgamiento de testamentos ordinarios y nada se dice respecto de los testamentos especiales; y por otra parte, la regla constitucional limita las atribuciones de todo funcionario público –como lo es el notario (art. 67 DLRN)– única y exclusivamente a las facultades que le asignan la CN y las leyes (art. 137 CN). Ante tal situación, parece un poco aventurado argumentar que por aplicación analógica de las previsiones de los num. 5 y 6 del art. 74 DLRN (que reconoce a los notarios la facultad de intervenir en el otorgamiento de testamentos ordinarios), habría que concluir que igualmente la tienen en lo tocante al testamento especial hecho en lugar donde reina epidemia contagiosa grave. En esta materia tan delicada pensamos que, mientras no se esclarezca debidamente la referida situación legal, es preferible optar por no otorgar el tipo de testamento especial a que nos referimos, sino ante una autoridad judicial cualquiera, que tenga jurisdicción en el lugar.

Cuando el art. 865 CC alude la jurisdicción de dicho funcionario judicial, se refiere a la territorial; y por cuanto faculta a "cualquier" juez para intervenir al respecto, consideramos que están autorizados al efecto todos los que ejercen función judicial en la correspondiente jurisdicción territorial, sea cual fuere su jerarquía y su competencia normal por la materia o por la cuantía.

El art. 865 CC también establece reglas especiales en materia de testigos presenciales de estos testamentos: sólo exige de ellos que sean de mayor edad y que sepan leer y escribir; por lo cual debe entenderse no existen en este caso las demás incapacidades para ser testigo, establecidas por el art. 864 CC, para el supuesto de testamentos ordinarios (*supra*, n° 37).

Como en esencia se trata, mutatis mutandi, de un tipo del mismo testamento otorgado sin inscripción ante notario (*supra*, n° 34-B), pensamos que son aplicables al testamento especial que ahora nos ocupa, las reglas contenidas en el art. 854 CC, de acuerdo con las cuales el testador puede presentar su testamento ya escrito al funcionario y los testigos o bien, optar por expresarles verbalmente su última voluntad, para que se reduzca escrito bajo la dirección de juez interviniente. En todo caso, el testamento debe –en definitiva– constar por escrito.

Se procede luego a su firma por el testador, si está en condiciones de hacerlo, por el juez y por los testigos. Si el testador no puede firmar, no se requiere que lo haga a su ruego una tercera persona, sino simplemente se deja constancia de ello y de su causa, en el propio testamento.

El testamento especial otorgado de acuerdo con las formalidades preceptuadas por el art. 865 CC caduca *ope ligis*, es decir pierde automáticamente su validez y efectos, al término de tres meses contado desde la fecha cuando haya cesado la epidemia en el lugar donde se encontraba el testador o desde la fecha en la cual éste se hubiere trasladado a otro sitio no dominado por la enfermedad, salvo que antes de

vencerse dicho lapso, el testador hubiese fallecido (art. 866 CC). Cabe observar que si bien siempre podrá determinarse con exactitud la fecha de traslado del testador a un lugar libre de epidemia, en cambio resultará prácticamente imposible precisar el día en el cual haya dejado de reinar la enfermedad en el lugar del otorgamiento; en consecuencia, en ese último caso, el plazo de caducidad del testamento únicamente debe contarse desde el momento que resulte más favorable para la validez del mismo, cuando existan al respecto varias fechas posibles.

No obstante, estimamos –por razones obvias– que dicho plazo de caducidad no comienza a correr, aunque haya cesado la epidemia o el testador haya sido trasladado a un sitio sano, mientras el mismo se encuentre incapacitado para otorgar testamento ordinario.

Si el testador fallece antes del vencimiento del expresado término de caducidad del testamento, éste conserva su carácter de instrumento público, así como su plena validez; pero no puede deducirse derecho alguno del mismo, hasta tanto se efectúe su inscripción en una Notaría del mismo lugar de su otorgamiento (ap. del art. 866 CC); tal inscripción puede solicitarla cualquier interesado (art. 916 CPC, al cual remite el art. 918 *ejusdem*).

2. *Testamento otorgable a bordo de buques, mercantes o de guerra, durante un viaje (arts. 867-874 CC).*

Esta forma especial de testar, únicamente puede ser utilizada *durante un viaje* a bordo de buques (mercantes o de guerra). De manera que si la nave se encuentra todavía en el puerto de salida o ha arribado al puerto de su destino –sean tales puertos venezolanos o extranjeros– ya no se puede disponer por testamento de esa manera. Por otra parte, no es utilizable la forma especial del testamento marítimo, a bordo de cualquier embarcación, sino sólamente cuando se trata de *buques*, es decir, de naves adecuadas para empresas marítimas de importancia. Entendemos, adicionalmente, que tales buques tienen que ser de *bandera venezolana*, puesto que mal podría el legislador patrio dictar normas para ser cumplidas a bordo de embarcaciones extranjeras. A nuestro juicio no se puede extender dicha forma de testamento a personas que viajan a bordo de aeronaves: en primer término, porque siendo de carácter excepcional las normas legales referentes a los testamentos especiales, su aplicación no puede extenderse por vía de analogía, a casos más o menos similares; y en segundo lugar, en razón de que el viaje aéreo es siempre de relativamente corta duración, por lo cual no se justifica en el mismo, la utilización de una manera especial de testar, que fue consagrada por el legislador con el propósito de atender situaciones que podrían plantearse en prolongados viajes marítimos.

Esta forma especial de testar puede ser utilizada tanto por los miembros de la tripulación del buque (independientemente de cual sea su posición o rango), como por los pasajeros y por cualquier otra persona que se encuentre a bordo del mismo, en tiempo de paz o en situación de guerra. Conviene también tener en cuenta que

dicho testamento puede otorgarse aunque el testador no se encuentre en peligro de muerte o a pesar de que ni siquiera esté enfermo o herido.

El testamento marítimo se otorga ante el capitán o ante el patrón o ante quien haga las veces de tal, si se trata de un buque mercante; y ante el comandante o quien haga sus veces, si lo fuere en un buque de guerra. En caso de que el testador sea, precisamente, el capitán, el patrón o el comandante del buque (o quien haga las veces de tal), deberá otorgar su acto de última voluntad ante la persona que esté llamado a subrogarlo, según el orden de servicio.

Dicho otorgamiento requiere también la presencia de dos testigos, quienes deben ser personas de mayor edad: no rigen al efecto los demás requisitos de capacidad que establece el art. 864 CC para los testigos de testamentos ordinarios.

El testamento al cual nos referimos, debe hacerse por escrito y por duplicado; siendo indiferente que el testador lo presente ya redactado o que dicte sus disposiciones al capitán, patrón o comandante del buque (o a quien haga las veces de tal), en presencia de los testigos y que las mismas sean reducidas a escrito. Lo deben firmar el testador, la persona que autoriza el testamento y los testigos; si el testador o los testigos no saben o no pueden firmar, se debe dejar constancia de ello y de su motivo, en el mismo testamento.

Mientras dura el viaje, los dos ejemplares del testamento quedan en poder el capitán, patrón o comandante del buque, quien ha de conservarlos entre los papeles más importantes de la embarcación. Además debe hacer mención del mismo en el diario de a bordo y a continuación del rol de la tripulación.

Si el buque arriba a un puerto extranjero donde resida un agente diplomático o consular de Venezuela, quien haya autorizado el testamento (o su reemplazante, si fuere el caso), debe proceder a entregarle un ejemplar de él y una copia de la nota que, de acuerdo con lo que acabamos de decir, figura en el diario y en el rol de la tripulación; y al margen de esa nota en dichos diario y rol, se pondrá otra, indicativa de tal entrega.

Al llegar el buque a puerto venezolano, su capitán, patrón o comandante (o el respectivo sustituto, si fuere el caso), ha de entregar los dos ejemplares del testamento o el que quede (si ya hubiere consignado el otro a un agente diplomático o consular venezolano), a la primera autoridad local, marítima o civil. Se dejará constancia de dicha entrega, al margen de la nota relativa al otorgamiento del testamento, que figura en el diario del buque y del rol de la tripulación.

Tanto el funcionario diplomático o consular venezolano en el exterior, como también la autoridad marítima o civil local que reciban el testamento en referencia, deben dejar constancia de ello en un acta que al efecto han de levantar, la cual debe ser firmada por el funcionario o autoridad y por la persona que efectúe la consignación del acto de última voluntad. Si el testamento se otorgó a bordo de un buque mercante,

dichos funcionario y autoridad deben enviar los ejemplares del testamento con sus respectivas actas de recepción, al Ministerio de Infraestructura (antes Ministerio de Transporte y Comunicaciones); y si se otorgó a bordo de un buque de guerra, tal envío debe hacerse al Ministerio de la Defensa. A su vez, en el Ministerio respectivo se procede a archivar uno de los ejemplares originales del testamento y a remitir el otro ejemplar a una Notaría con jurisdicción en el último domicilio o residencia del testador, a los fines de su inscripción (en caso de que el Ministerio de Infraestructura o de la Defensa, según el caso, sólo reciba un ejemplar del testamento, deberá dejar archivada una copia certificada del mismo y remitir el original a la aludida Notaría). De ignorarse cuál era el último domicilio o residencia del testador, el testamento en cuestión se envía, para su inscripción, a una Notaría del Municipio Libertador del Distrito Capital.

Aunque la ley no lo dice de manera expresa en lo tocante al tipo de testamento especial que ahora nos ocupa, es nuestro criterio que la falta de inscripción de dicho acto de última voluntad, no afecto su validez; empero, no puede deducirse derecho alguno de él mientras ello no se haga, para lo cual, por lo demás, no existe plazo de caducidad. Lo dicho resulta de la aplicación analógica de las normas legales relativas a otras formas de testar que no requieren *ab initio* la inscripción del instrumento respectivo en una Notaría (últ. ap. del art. 854 y ap. del art. 866 CC).

El testamento marítimo en referencia, únicamente tiene validez y surte efectos cuando el testador fallece durante el viaje en el cual lo otorgó o si muere dentro de los dos meses siguientes a su arribo a un lugar –en Venezuela o en el extranjero– donde pudiere otorgar testamento según las formas ordinarias o normales. No obstante, nos parece evidente que, en la segunda de dichas hipótesis, el término de caducidad no corre mientras el testador se encuentre incapacitado para otorgar testamento ordinario, aunque haya arribado a un sitio donde pudiese hacerlo.

*3. Testamento otorgable por militares en campaña (arts. 875-878 CC).*

Para poder utilizar esta forma de testamento especial su otorgante tiene que encontrarse bajo la jurisdicción militar; es decir, debe tratarse de un miembro activo de la Fuerza Armada (independientemente de cuál sea su rango) o de un civil al servicio de ellas (independientemente de cuál sea su ocupación allí). Por otra parte, dicho testamento sólo puede ser otorgado si el testador se encuentra en campaña, lo cual significa: expedición militar por causa de guerra (en el extranjero o en el país); en cuartel o guarnición fuera de la República; prisionero del enemigo (sea éste extranjero o no); en plaza o fortaleza sitiada por el enemigo (sea éste extranjero o no); o, por razones de servicio, en lugar donde las comunicaciones estén interrumpidas (art. 877 CC). Pero no es necesario que el testador esté enfermo o herido.

El testamento al cual nos referimos, puede otorgarse, en cualquiera de lo casos señalados, ante alguna de las siguientes autoridades militares: un jefe de batallón o cualquier otro oficial de igual o superior grado; un auditor de guerra; o un comisa-

rio de guerra. Si el otorgante pertenece a cuerpos o puestos destacados de la Fuerza Armada y se encuentra en ellos, también puede testar ante el capitán u otro oficial de menor rango, que tenga el mando del respectivo destacamento. Y si el testador se encuentra enfermo o herido, puede además utilizar dicha forma especial de hacer sus disposiciones de última voluntad, ante un capellán o ante un médico cirujano de servicio.

Se requiere siempre y adicionalmente, la presencia de dos testigos de mayor edad; pero respecto de ellos no existen las demás causales de incapacidad señaladas en el art. 864 CC para los testigos de testamentos ordinarios.

El testamento militar se expresa de viva voz, en presencia de los testigos, a la autoridad militar que lo recibe; y ésta procede a reducirlo a escrito. Aunque la ley no lo dice, pensamos que nada impide que el testador también pueda presentarlo ya redactado a la referida autoridad militar, en presencia de los testigos. A continuación, lo firman la autoridad militar interviniente, el testador y los testigos, si ello fuere posible; si el testador o los testigos no saben o no pueden firmar, se deja constancia de ello y de su causa en el propio testamento.

Una vez otorgado el éste, debe ser remitido a la brevedad posible al respectivo cuartel general, el cual, a su vez, lo envía al Ministerio de la Defensa, conservando una copia certificada del mismo. Por su parte, dicho Ministerio remite el testamento, para inscripción, a una Notaría con jurisdicción en el último domicilio o residencia del testador y deja una copia certificada del acto en su propio archivo (si se desconoce el último domicilio o residencia del testador, tal envío se hace a una Notaría del Municipio Libertador del Distrito Capital).

También en lo referente a este tipo de testamento especial, consideramos que la no inscripción de dicho acto de última voluntad no afecta su validez, si bien no es posible deducir derecho alguno del mismo hasta que ello no se haga (para lo cual, por lo demás, no existe plazo de caducidad alguno). Como poco antes hemos indicado, ello resulta de la aplicación analógica, de normas legales relativas a otras formas de testar que no requieren *ab initio* la inscripción del instrumento respectivo en una Notaría (últ. ap. del art. 854 y ap. del art. 866 CC).

El testamento militar en referencia, caduca a los dos meses de la fecha de llegada del testador a un lugar donde pueda otorgar sus disposiciones de última voluntad en forma ordinaria o normal. Sin embargo, a nuestro juicio, tal caducidad no opera mientras el testador se encuentre incapacitado para otorgar testamento ordinario, aunque haya sido trasladado a un sitio donde pudiera hacerlo.

## 40. TESTAMENTO OTORGADO EN EL EXTRANJERO

Los arts. 879 a 881 CC, prevén que tanto los venezolanos como los extranjeros pueden otorgar testamento en el exterior del país, para surtir efectos en Venezuela.

Se trata de la aplicación de la traeicional regla *locus regit actum* para el caso específico del otorgamiento de actos de última voluntad, que igualmente admite el ord. 1° del art. 37° LDIP (que ha venido a sustituir al art. 11 CC).

El art. 879 CC señala que son plenamente válidos y producen todos sus efectos en Venezuela, los testamentos otorgados fuera del país –por nacionales o por extranjeros– de acuerdo con las solemnidades que al efecto determinen las leyes vigentes en el lugar del otorgamiento (*lex loci*). Dicha norma agrega al respecto que, sin embargo, no se considerarán válidos ni producirán efectos en el país: el testamento conjunto (*supra*, nº 25, 2), ni el testamento verbal, ni el testamento ológrafo (*supra*, nº 33), ni el testamento que no conste en forma auténtica; y, todo ello, aunque el acto en cuestión fuere válido y eficaz de acuerdo con la *lex loci*: se trata de una norma de orden público internacional.

Por su parte, el art. 880 CC reitera que igualmente son plenamente válidos y eficaces en Venezuela, los testamentos que otorguen fuera del país los nacionales o los extranjeros, ante el respectivo agente diplomático o consular de la República, siempre y cuando se cumplan entonces las solemnidades que exige la ley venezolana (lo cual también es confirmado por el art. 79 DLRN).

Del texto del art. 881 CC, podemos deducir varias consideraciones sobre ese particular.

En primer lugar, resulta perfectamente claro que las normas del citado art. 880 CC, no se refiere a todo tipo de testamento a ser otorgado en el exterior del país de conformidad con la ley venezolana, sino única y exclusivamente, a testamentos *ordinarios*.

En segundo término, esas disposiciones no comprenden ni aluden a toda forma de testamento ordinario, sino tan sólo a aquéllas que implican la *intervención de un notario*, a los efectos del otorgamiento del acto: es decir, al testamento abierto otorgado por escritura pública, al testamento abierto otorgado sin protocolización ante notario y al testamento cerrado (pero no abarcan al testamento ordinario otorgado ante cinco testigos sin la presencia de un notario). Las reglas en comentario señalan que el agente diplomático o consular de Venezuela, hace en tales casos las veces de notario (registrador) y debe velar por el cumplimiento de los correspondientes preceptos del CC, relativos al otorgamiento de testamentos.

Por último, no todo funcionario diplomático o consular venezolano tiene facultad para hacer las veces de notario, en materia de otorgamiento de testamentos, sino que en dicho acto únicamente puede intervenir el respectivo *agente*, es decir, el jefe de la oficina diplomática o consular en cuestión (o el funcionario que esté autorizado para actuar por delegación suya, o el que haga sus veces, si fuere el caso).

Una vez verificado el otorgamiento, dicho agente debe remitir copia certificada del testamento abierto o del acta del testamento cerrado, según corresponda, al Ministerio

de Relaciones Exteriores; éste, por su parte, envía esa copia a una notaría con jurisdicción en el último domicilio o residencia del testador, a los fines de su inscripción (si tal domicilio o residencia no fuere conocido, la remisión debe entonces hacerse a una cualquiera de las notarías del Municipio Libertador del Distrito Capital).

## 41. SANCIONES A LA INOBSERVANCIA DE LAS FORMALIDADES TESTAMENTARIAS

En principio, la violación de las normas legales relativas a las solemnidades del testamento o la inobservancia de las mismas, acarrea la *nulidad absoluta* de todo el acto de última voluntad afectado por la irregularidad, precisamente porque se trata de un negocio formal *ad substantiam* (art. 882 CC) (*infra*, n° 78-A, I, 1).

No obstante lo antes dicho, el legislador ha estimado que algunas de esas formalidades son de carácter secundario y que, por consiguiente, no deben considerarse esenciales. De ahí que la infracción de estas últimas no puede acarrear la nulidad del testamento, sino otro tipo de sanción o no conlleva castigo alguno, según los casos.

Es por ello que la jurisprudencia ha podido establecer que la nulidad del testamento derivada de la violación de normas relativas a las solemnidades necesarias para dicho acto, sólo resulta de la situaciones taxativamente señaladas en dicho art. 882 CC; es decir, cuando se trata de la infracción de las formalidades consagradas en las reglas 1ª, 2ª, 3ª y 4ª del art. 854 CC y en los art. 855-858, 861-865, 867-870 y 875 *ejusdem*[14]. Sin embargo, ese criterio no es del todo exacto, puesto que también es nulo el testamento abierto otorgado por escritura pública, según la modalidad a que se refiere el art. 852 CC, cuando en su otorgamiento se incumplen las formalidades que establece el Reglamento de Notarías Públicas para la autenticación de documentos en general (que conforme hemos señalado, son ahora aplicables al otorgamiento de testamento por escritura pública: *supra*, n° 34-A); hasta tanto se dicte el correspondiente nuevo Reglamento. Y cuando esto último suceda, también será nulo el testamento que se otorgue en incumplimiento de los requisitos de forma que sean establecidos en el mismo.

De manera que únicamente en los casos que se mencionan a continuación, no procede la sanción de nulidad del testamento, por violación de las reglas concernientes a las solemnidades del acto.

a) Como sabemos, la ley ordena la inscripción a posteriori del testamento ordinario abierto, originalmente otorgado sin inscripción ante notario (últ. ap. del art. 854 CC y art. 920 CPC); del testamento ordinario abierto otorgado ante cinco testigos (art. 920 CPC); del testamento especial otorgado donde reina epidemia grave (ap. del art.

14 *Cas.*: GF-II, N° 47, pp. 270-271.

866 CC); del testamento especial otorgado durante un viaje a bordo buque (art. 873 CC); y del testamento especial otorgado por militares en campaña (art. 876 CC).

Ahora bien, para el cumplimiento de esa formalidad no existe plazo de caducidad alguno y –por otra parte– la no protocolización del acto no determina la nulidad del mismo, sino que mientras tal situación continúe, no se puede deducir derecho alguno del testamento en cuestión (últ. ap. del art.854 y ap. del art. 866 CC, aplicables también –por analogía– a los demás casos antes aludidos).

b) A su vez, el art. 860 CC, ordena la inscripción del acta notarial de presentación del testamento cerrado, pero la misma norma aclara que la omisión de esa formalidad no implica la nulidad del acto de última voluntad[15]; y por lo demás, la ley no prevé otro tipo de sanción para dicha irregularidad.

Tampoco existe sanción alguna cuando ha habido violación de cualquiera de las siguientes formalidades testamentarias: i) la no mención del testamento marítimo en el diario de a bordo o en el rol de la tripulación, así como la omisión en dichos diario y rol, de las notas de entrega de ese testamento a la respectiva autoridad diplomática o consular, marítima o civil (como lo exigen los arts. 871-872 CC); ii) la no conservación del mismo testamento marítimo entre los papeles más importantes del buque (requerimiento del art. 871 CC); iii) la no formación del acta de entrega del testamento marítimo, por la respectiva autoridad diplomática, consular, marítima o civil, o la circunstancia de que el acta en cuestión no sea firmada por todas las personas que deberían hacerlo (solemnidades indicadas en el art. 873 CC); iv) la omisión del archivo de uno de los ejemplares del testamento marítimo (o de una copia certificada del mismo), en el Ministerio de Infraestructura (antes Ministerio de Transporte y Comunicaciones) o en el Ministerio de la Defensa, según los casos (conforme lo prescribe el art.873 CC); y v) la omisión del archivo de una copia certificada del testamento militar, en el cuartel general o en el Ministerio de la Defensa (como lo requiere el art. 876 CC).

Por último, a nuestro juicio tampoco acarrea la nulidad del testamento abierto otorgado por escritura pública, la circunstancia de que el notario que haya intervenido en su otorgamiento no haya incumplido las previsiones del num. 2 del art. 78 DLRN, según el cual él debía informar al otorgante "del contenido, naturaleza, trascendencia y consecuencias legales" del acto o del negocio. En efecto, si el otorgante de cualquier instrumento autenticado, en general y, particularmente el testador, no sabe o no entiende exactamente lo que está haciendo, el negocio jurídico en cuestión está viciado en su fondo (sea por faltar el consentimiento de la persona que lo lleva a cabo o por carecer ella de capacidad suficiente al respecto) y no por razones de forma. A lo cual debe agregarse que la norma en cuestión se limita a establecer que,

15 *Cas.*: M. 1898, p. 249.

si el respectivo funcionario público la incumple, él incurre en responsabilidad civil, penal y administrativa.

## 42. Formalidades para la apertura, publicación e inscripción de Testamentos cerrados

La persona natural o jurídica que sea depositaria de un testamento cerrado, debe manifestarlo a un notario de la jurisdicción, tan pronto tenga conocimiento del deceso del testador, a fin de que se proceda a su apertura y publicación [art. 986 CC; art. 74,7 DLRN; y letra e) del art. 10 del Reglamento de Notarías Públicas de 6 de enero de 1976].

Esa manifestación tiene que hacerse por escrito y ha de reunir los siguientes extremos: indicación de la notaría a la cual se dirige; expresión del nombre, apellido y domicilio de la persona que la lleva a cabo; si se trata de una persona jurídica, debe señalar también su denominación o razón social y los datos relativos a su creación o registro; participación de que el manifestante es depositario de un testamento cerrado otorgado por determinada persona (a la cual se debe identificar lo más exactamente que fuere posible), la cual falleció en determinado sitio y fecha (que igualmente se debe precisar); y que el objeto de la manifestación en cuestión, es solicitar se fije oportunidad para la consignación del testamento por dicho depositario a la respectiva autoridad notarial; así como también, para la apertura y publicación del referido acto de última voluntad. Es preciso acompañar a la aludida solicitud, copia certificada del acta o partida de defunción del testador (arts. 913, 899 y 340 CPC).

Si el depositario de un testamento cerrado no efectúa motu proprio la manifestación en referencia, cualquier persona que se considere interesada al respecto, puede solicitar al notario correspondiente, que ordene a aquél la entrega del instrumento; a tal efecto, lo único que debe comprobar ese interesado, es el fallecimiento del testador (art. 986 CC).

El mismo día hábil correspondiente a la presentación de la solicitud del depositario del testamento, el notario –mediante auto que debe dictar al efecto– fija día y hora para la consignación de dicho acto de última voluntad y para que se lleve a cabo su apertura y publicación (art. 987 CC); esa fijación debe hacerse para una fecha tal que permita el previo cumplimiento de los demás requisitos del procedimiento, a los cuales luego hacemos referencia. Aunque la ley nada dice al respecto, si el depositario del testamento así lo pide y el notario no lo considera inconveniente, se puede fijar un sitio distinto de la sede de la notaría (pero dentro de su jurisdicción territorial), a los efectos de dichas consignación, apertura y publicación del testamento. El auto mediante el cual se establezca el día, la hora y el lugar para llevar a cabo los referidos actos, debe ser publicado en un diario de circulación en el lugar de que se trate; y si no circulan periódicos allí, la publicación se hace mediante carteles que se fijan en la misma sede de la notaría actuante.

A los fines de que pueda cumplirse lo preceptuado por el art. 988 CC, es conveniente que el notario oficie al otro notario que haya intervenido en el otorgamiento del testamento cerrado para informarle de todo lo relativo a la realización de los actos en cuestión, puesto que los testigos presenciales de aquel otorgamiento deben ser preferidos, respecto de cualesquiera otros posibles, para que igualmente presencien la consignación, apertura y publicación del acto de última voluntad. Y la intervención de ese otro notario, es la forma más sencilla de lograr tal resultado[16].

El acto de consignación, apertura y publicación del testamento, como su mismo nombre lo indica, es de carácter público; en consecuencia, puede concurrir a él toda persona que así lo desee, independientemente de que tenga o no interés legítimo.

En la oportunidad fijada, el depositario del testamento procede a consignarlo al respectivo notario, en presencia de por lo menos dos testigos (prefiriéndose al respecto, conforme se ha dicho, a quienes hayan suscrito como tales el acta testamentaria) (art. 988 CC). En todo caso, la circunstancia de que no se haya hecho esfuerzo alguno por localizar y convocar especialmente a esos testigos preferenciales o la de que ellos –aunque oportunamente convocados– no asistieren al acto, en nada afecta la validez de éste (siempre y cuando asistan al menos otros dos testigos).

El notario procede entonces, siempre en presencia de los testigos, a revisar el estado del pliego contentivo del testamento y a verificar si hay o no indicios de que el mismo o sus sellos hayan sido violados (art. 988 CC); de haber indicios de tal violación o de cualquier otra irregularidad, el funcionario deja constancia de ello, pero continúa el procedimiento. Seguidamente abre la cubierta del testamento y procede a su lectura en forma pública (u ordena que ésta la efectúe su secretario, si lo tuviere).

De todo lo actuado se levanta un acta, en la cual se debe dejar constancia expresa de la verificación del estado del pliego contentivo del testamento y de los resultados de la misma (art. 988 CC); así como del texto del testamento propiamente dicho, que debe ser copiado allí, literalmente. Esa acta debe ser firmada por el aludido notario; por el depositario consignador del testamento; por los testigos instrumentales; por todas las demás personas que concurran al acto; y por el secretario del funcionario, si lo tiene (art. 988 CC).

Por último, el notario ordena en el mismo acto, que se expida copia certificada del acta antes aludida y del testamento contenido en ella, para su remisión al notario ante quien fue otorgado, conjuntamente con el testamento original, su cubierta y demás recaudos. El notario destinatario de dichas certificaciones y demás documentos debe

---

16 La utilización preferencial de los mismos testigos instrumentales del otorgamiento del testamento cerrado a que se refiere el art. 988 CC, ya no puede ser puesta en práctica, si el acto de última voluntad de cual se trata fue otorgado con anterioridad a la promulgación del DLRN, en razón de que los cambios estructurales en el sistema registral venezolano resultantes de dicho DLRN, de hecho no lo permiten.

proceder a la inscripción de las primeras en el Libro de Autenticaciones respectivo (o en Libro especial para testamentos que se haya creado) y procede a archivar en su oficina los demás documentos anexos (art. 989 CC y art. 920 CPC)[17].

Si el testamento cerrado se otorgó en el extranjero, ante el agente diplomático o consular de Venezuela, las copias certificadas antes indicadas deben remitirse, para su inscripción, a una Notaría donde se hubiera podido inscribir la copia del acta de otorgamiento de dicho instrumento (primer ap. del art. 989 CC). En caso de que se trate de un testamento cerrado otorgado en el exterior del país ante un funcionario extranjero, dichas copias certificadas se remiten a una cualquiera de las notarías del Municipio Libertador del Distrito Capital.

17 Dados los cambios estructurales efectuados por el DLRN en relación con el anterior sistema registral venezolano, si el testamento cerrado de cuya apertura se trata, fue otorgado ante un registrador subalterno antes de la promulgación de dicho DLRN, no tendría sentido efectuar la expresada remisión de recaudos a ese mismo registrador: primeramente porque dicho funcionario ya no existe, sino que se trata de otro muy diferente; y en segundo lugar, toda vez que no hay donde llevar a cabo materialmente su protocolización. Pensamos que lo más apropiado, en tal caso, es la inscripción del acta de apertura y de la certificación del testamento ya abierto, se efectúe en la misma notaría donde fue consignado, abierto y publicado el testamento. Y que allí mismo se archive todos los demás recaudos concernientes a los actos en referencia.

# CAPÍTULO VIII

# LA LEGÍTIMA



## 43. CONCEPTO, FUNDAMENTO Y SÍNTESIS HISTÓRICA

Sin perjuicio de que más adelante precisemos mejor la terminología apropiada que corresponde a esta materia (*infra*, nº 45), comenzaremos la misma advirtiendo que se suele utilizar como sinónimos, los términos *legítima, reserva* y *sucesión necesaria* o *forzosa*.

"La reserva –dice el Profesor Henri De Page– es la parte del patrimonio del causante que la ley sustrae, en interés de la familia, del régimen de la autonomía de la voluntad que caracteriza la sucesión testamentaria. Es, como la palabra lo indica, la porción 'reservada' del patrimonio hereditario, que debe necesariamente pasar a los herederos *ab intestato.* El remanente se denomina cuota o porción disponible. La reserva aparece así, como una verdadera sucesión legal e imperativa. Por otra parte, a fin de no dejar una fisura que podría vaciarla de contenido, la reserva protege a la familia no sólo contra las disposiciones testamentarias del *de cujus*, sino también contra sus liberalidades por acto entre vivos..."[1]. De manera que, como agrega el

1 De Page, *op. cit.*, T. VIII-2, nº 1398, p. 1491.
Como ha establecido con toda corrección nuestra jurisprudencia, no es finalidad de la legítima proteger a los legitimarios de las pérdidas que sufra el causante en sus negocios y demás actividades económicas, sino simplemente premunir a aquéllos de las *liberalidades* excesivas de éste, que deriven de disposiciones testamentarias o de actos entre vivos. Al respecto, *Cas.*: M. 1914, p. 103.- *Inst.*: JTR, Vol. XV, pp. 516-518. Pero el heredero legitimario, una vez abierta la sucesión, sí puede intentar la acción de simulación para impugnar actos de su causante que sean lesivos de la legítima que le corresponde (actos gratuitos bajo la apariencia de negocios onerosos). Al respecto, *Inst.*: JTR, Vol. VII, pp. 804-805.

mismo renombrado autor, se trata de "un verdadero islote de sucesión intestada, dentro de la sucesión testamentaria"[2].

También aparece una definición de la legítima en el art. 883 CC: "es una cuota de la herencia que se debe en plena propiedad a los descendientes, a los ascendientes y al cónyuge sobreviviente que no esté separado legalmente de bienes"[3].

Conforme anteriormente tuvimos oportunidad de señalar, la legítima constituye un límite o una restricción de fondo, al ejercicio del derecho de testar (*supra*, nº 28) y significa la proscripción del instituto de la desheredación, respecto de los descendientes, los ascendientes y el cónyuge sobreviviente del causante[4].

No se debe confundir la expresión de *legítima*, a la cual nos estamos ahora refiriendo, con la de *sucesión legítima*, que hemos estudiado con anterioridad (*supra*, Capítulos II-IV); si bien –como acabamos de decir– aquélla constituye parte de ésta. En efecto, la sucesión legítima es la sucesión intestada o legal, en términos generales y sean cuales fueren los respectivos sucesores o herederos; en cambio, la legítima es una porción o parte de la sucesión *ab intestato*, que corresponde, única y exclusivamente, a determinados sucesores o herederos legales (descendientes, ascendientes y cónyuge no separado de bienes), pero no a todos. En efecto, dicha porción no corresponde: al cónyuge separado de bienes, ni tampoco a los hermanos y demás colaterales del *de cujus*, aunque todos ellos también son sucesores intestados suyos (*supra*, Capítulo IV).

Son variadas las explicaciones que se han dado, como fundamento o razón de ser de la legítima. Es, según algunos, una forma de supervivencia –después de la muerte del deudor– de la obligación alimentaria y de solidaridad económica, para con los miembros más cercanos de la familia. Para otros, se trata de un fideicomiso tácito, que se explica en razón de que el patrimonio del causante también está parcialmente integrado por relaciones jurídicas de contenido económico que él, a su vez, hubo por causa de muerte de familiares que lo precedieron. Hay quienes hablan de que la legítima se fundamenta en la idea de una copropiedad familiar, que se pone de

---

2 De Page, *op. cit.*, T. VIII-2, nº 1400, p. 1494.

3 Conviene tener en cuenta que muchas legislaciones limitan la legítima a los descendientes y a los ascendientes del *de cujus* y excluyen de la misma al cónyuge sobreviviente. En ese sentido podemos citar, entre otros, los CC de Austria (art. 762), de Brasil (art. 1.725), de Francia (arts. 913 a 9151), de Holanda (art. 960), etc.

4 La desheredación o el desheredamiento de cualquier sucesor *ab intestato* del causante, existió en Venezuela durante la vigencia de los CC de 1862 (arts. 1º5º, Ley II, Título V, Libro Tercero) y de 1867 (arts. 609-617), pero sólo por causas justificadas taxativamente consagradas.
Bajo la vigencia de los CC posteriores, incluyendo el actual, sólo se puede desheredar a los sucesores *ab intestato* del *de cujus* que no sean legitimarios de éste: a tales efectos es posible otorgar testamento en el cual se declara de manera expresa que determinado familiar del otorgante queda excluido de la sucesión de éste; o bien se puede agotar el patrimonio del causante mediante la institución testamentaria de otras personas, sin hacer referencia alguna a la que se desea desheredar.
Debe además recordarse que la institución de la *indignidad*, como incapacidad para suceder, constituye una especie de desheredación legal (*supra*, nº 15).

manifiesto con la muerte del individuo. Se ha dicho, finalmente –y creemos que es lo correcto– que la legítima se justifica como un medio de protección de la familia inmediata del causante y de respeto al vínculo que une al *de cujus* con sus familiares más próximos y a los sentimientos que deben existir entre uno y otros[5].

También son varias las críticas que se ha hecho a la institución que ahora nos ocupa. Se la ha calificado como traba al derecho de propiedad que cada quien tiene sobre sus bienes; se la ha señalado como un factor debilitante de la potestad familiar; y se la ha condenado como originadora de un excesivo fraccionamiento de la propiedad, contrario a los fines económicos de ésta[6]. Empero, es perfectamente sabido que, al menos en la época que vivimos, el derecho de propiedad no tiene carácter absoluto. De otra parte, si bien –como consecuencia de la legítima– el *pater familiae* no puede disponer con total libertad de su patrimonio, por actos a título gratuito, sí conserva la posibilidad de hacerlo en grado muy suficiente para fines normales y razonables; a más de que la potestad familiar no es irrestricta y debe ser ejercida de manera humana, considerada y cuidadosa. Por último, el excesivo fraccionamiento de la propiedad que se achaca a la legítima, puede ser evitado por otros medios (*v. gr.*: adecuadas disposiciones testamentarias en muchos casos; enmiendas legislativas que, sin afectar la legítima de los herederos legitimarios, establezcan previsiones tendentes a evitar ese fraccionamiento; etc.)[7].

En Roma, la Ley de las XII Tablas reconocía al testador total y absoluta libertad de disponer de la manera que quisiera, sin trabas de tipo alguno[8]. Pero durante la República comenzaron a aparecer normas limitantes de ese derecho. Primeramente se impuso al testador –so pena de nulidad del testamento– la obligación de nombrar en éste a todos sus *heredes sui*, ya fuera para instituirlos o para desheredarlos, aunque no se limitó en forma alguna la facultad de hacer esto último,

---

5 Al respecto, *cfr.*: Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. VIII, nº 8, p. 11; Ricci, *op. cit.*, T. VIII, nº 262, p. 271; Polacco, *op. cit.*, T. I, pp. 289-292; Planiol & Ripert, *op. cit.*, T.V, nº 23, pp. 30-33; De Page, *op. cit.*, T. VIII-2, nº 1400, pp. 1492-1495; Castán Tobeñas, *op. cit.*, T. VI, Vol. II, pp. 484-492; etc.

6 Al respecto puede consultarse los mismos autores indicados en la cita precedente (5). Entre nosotros, el mayor crítico de la legítima, ha sido el Dr. C.L. Mendoza, *Estudio sobre la Legítima*, Herrera Irigoyen, Caracas, 1907 (reproducido en *Estudios sobre la Legítima en el Derecho Civil Venezolano*, Fabretón, Caracas, 1974, pp. 257-285 y en *Sucesiones*, Vegas Rolando, Caracas, 1977, T.II, pp. 277-306).

7 Sin embargo, no debe olvidarse que la tendencia a obligar a fraccionar los patrimonios particulares, fue precisamente una de las razones que movieron a los legisladores de la Revolución Francesa, para generalizar y reglamentar el instituto de la legítima. Al respecto, *cfr.*: J. Bonnecase, *La Filosofía del Código Napoleón aplicada al Derecho de Familia*, trad. J.M. Cajica Jr., Cajica, Puebla, 1945, p. 242; G. Ripert, *El Régimen Democrático y el Derecho Civil Moderno*, trad. J.M. Cajica Jr., Cajica, Puebla, 1951, nº 53, pp. 87-89; Planiol & Ripert, op. cit., T. V, nº 21, pp. 29-30; Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. VIII, nº 4, pp. 45. Creemos que tales aspiraciones, por lo demás, no son tampoco extrañas o ajenas a nuestros legisladores contemporáneos.

8 *Digesto*, L, XVI, 120.

ni tampoco se impuso la obligación de expresar los motivos de la desheredación[9]. Más tarde, a fines de ese mismo período, ya había prevalecido una nueva idea, según la cual el testador tenía un deber de afecto (*officium pietatis*) respecto de sus familiares más cercanos (descendientes, ascendientes y, en ciertos casos, hermanos), llamados por la ley a sucederle, motivo por el cual tenía que dejarles algo en su testamento y –por vía de ficción– debía considerarse como que dicho causante no se encontraba en su sano juicio, si los desheredaba totalmente y sin justo motivo: en tal caso se podía atacar el acto de última voluntad mediante la acción denominada *querella inofficiosi testamenti*, que, declarada con lugar, hacía caer el testamento y determinaba que la sucesión se abriera *ab intestato*[10].

En un principio no estaba determinada la cuota mínima por la que el testador debía instituir a sus descendientes, ascendientes o hermanos, para impedirles intentar la *querella*, motivo por el cual tal fijación la hacía libremente el consejo o tribunal de los centunviros (al cual correspondía estatuir sobre cuestiones hereditarias), lo que –desde luego– constituía un grave inconveniente; pero poco a poco se fue estableciendo jurisprudencia en el sentido de que dicha cuota mínima era la *quarta legitimae partis*, es decir, la cuarta parte de lo que hubiese recogido el familiar en cuestión, en la sucesión intestada (o legítima) del causante. Con el tiempo, esa expresión se abrevió a "cuarta legítima" y terminó denominándose "legítima".

Durante el Bajo Imperio se reconoció a los legitimarios la facultad de intentar una especie de *querella* contra las donaciones excesivas efectuadas en vida por el causante, en perjuicio de sus legitimarios[11]; por otra parte, se admitió que cuando el legitimario era instituido por menos de su *quarta*, no tenía acción para que se declarara inoficioso el testamento, sino sólo para que se le completara su porción legítima[12].

Las modificaciones más importantes que sufrió la institución bajo Justiniano, fueron las siguientes: se aumentó la cuota legítima de los descendientes del causante a una tercera parte o a la mitad de su cuota en la sucesión intestada, dependiendo del número de dichos descendientes[13]; se determinaron taxativamente las causas de desheredación y se obligó al testador a señalar la que constituyera la razón de exclusión del legitimario [14]; y se estableció que el efecto de la *querella* intentada con éxito, era sustituir al heredero testamentario instituido, por los legitimarios

---

9 Ulpiano (*Reglas*), XXII, 14.

10 Paulo (*Sentencias*), IV, V, 1.

11 *Código*, III, XXIX.

12 *Código*, III, XXVIII, 30.

13 *Novelas*, XVIII, I.

14 *Novelas*, CXV, III y IV.

demandantes, manteniéndose la validez de las restantes disposiciones de última voluntad (legados, fideicomisos, manumisiones, etc.)[15].

En el antiguo Derecho Germánico, por el contrario –como ya sabemos– el testamento no fue conocido y, por ende sólo existía la sucesión intestada (*supra*, nos. 9, 10 y 24); por tales motivos no tenía sentido hablar allá de desheredación, ni de legítima. Pero posteriormente, como consecuencia de la influencia romana, se comenzó a utilizar el testamento y con ello apareció la posibilidad de desheredar parcial o totalmente a los miembros de la familia del causante; no por ello, sin embargo, quedó descartado el concepto de la copropiedad familiar primitiva.

La confrontación de ambas tendencias (copropiedad familiar original del Derecho Germánico y facultad de testar adoptada del Derecho Romano), dio origen a la aparición del instituto de la *reserva* familiar, de acuerdo con la cual el causante sólo podía disponer de una parte de su patrimonio, por acto a título gratuito (entre vivos o por causa de muerte).

Las reglas respectivas fueron siendo poco a poco precisadas en el Derecho Feudal, aunque con ciertas variaciones de región a región. La porción de la cual no podía privarse a los familiares más cercanos del *de cujus*, terminó por oscilar entre las cuatro quintas partes y las dos terceras partes del total de los bienes (inmuebles) *propios* del causante; quien, por otra parte, podía disponer libremente del resto de los mismos, así como también de la totalidad de sus bienes (inmuebles) *adquiridos* y de sus bienes muebles (que sobraran después de ser satisfechos los acreedores)[16].

Como puede apreciarse, pues, en el sistema romano –fundamentalmente basado en la libertad de disponer por testamento– la legítima vino a constituir una *restricción de tal libertad*: se obligaba al causante que tenía familiares cercanos, a dejar a ellos, no menos de una determinada (y relativamente pequeña) porción de sus bienes. En cambio, en el sistema germánico –originalmente enraizado en la idea de la copropiedad familiar, que no permitía disponer por testamento– la reserva vino a constituir un *relajamiento de esa prohibición*: se permitía al causante, aunque tuviera familiares cercanos, dejar a terceras personas, al menos una determinada (y relativamente pequeña) porción de sus bienes.

La legítima moderna nació en el Código Napoleón (arts. 913-930) y, en realidad, viene a constituir una equilibrada fusión de la original legítima romana con la

---

15 *Novelas*, CXV, III, 14, in fine.
Lo tocante a la *querella inofficiosi testamenti* quedó regulado, en definitiva, en el Derecho Justinianco, por los siguientes cuerpos legales: *Institutas*, II, XVIII; *Digesto*, V, II; y *Código*, III, XXVIII.

16 Al respecto, *cfr.*: Lepointe, *op. cit.*, nos. 99 (p. 81), 208 (pp. 159-160), 232 (pp. 174-175), 259 (pp. 190-191), 314-315 (pp. 238-240) y 332 (pp. 246-247); F. Laurent, *Principes de Droit Civil*, Bruylant, Bruxelles, 1874, T. XII, No. 7, pp. 13-14; Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. VIII, nos. 23, pp. 24; Castán Tobeñas, *op. cit.*, T. VI, Vol. II, pp. 500-502.
En relación con la clasificación de bienes inmuebles en *propios y en adquiridos*, del Derecho Feudal, *supra*, nº 9.

reserva germánica, como tendremos oportunidad de verlo en el resto del presente Capítulo. De dicho CC francés ha pasado a casi todas las legislaciones modernas de tipo occidental, entre ellas la nuestra[17].

## 44. Sistemas legales modernos relativos a la Legítima

Las diferentes legislaciones contemporáneas regulan la legítima de muy variadas maneras. Empero, siguiendo un criterio muy general, podemos clasificarlas en dos grandes categorías: las de cuota legítima variable y las de cuota legítima fija.

La mayor parte de los sistemas legales vigentes, pertenece a la categoría de cuota variable; es decir, la porción legítima, en relación con el caudal hereditario total del causante, depende del mayor o menor número de herederos legitimarios, o de la categoría de éstos (descendientes, ascendientes o cónyuge del *de cujus*), o de ambos factores. Corresponden a este grupo, entre otros muchos, los CC de Argentina (arts. 3.593 a 3.597), de España (arts. 808 a 812), de Francia (arts. 913 a 914-1), de Italia (arts. 537 a 544) y de Suiza (art. 471).

Las respectivas disposiciones de los CC francés e italiano vigentes, por ejemplo, hacen variar la cuota legítima, de caso en caso, tomando en cuenta tanto el número de legitimarios que haya como también el tipo de vínculo de familia existente entre ellos y el causante. En cambio, en el CC suizo únicamente varía la porción legítima, atendiendo a la vinculación familiar del legitimario con el *de cujus*, pero sin considerar en forma alguna el número de legitimarios que exista en cada caso.

En los sistemas de cuota legítima *fija*, el derecho de los herederos legitimarios se establece siempre y de manera exclusiva, como una determinada proporción de sus derechos en la sucesión intestada del respectivo causante; así, la legítima viene a ser el equivalente –para cada legitimario– a las tres cuartas partes, o a la mitad, o a una cuarta parte, etc., de lo que le habría correspondido si el *de cujus* no hubiera dejado testamento. Siguen el expresado criterio, entre otros, los CC de Alemania (art. 2.303), de Brasil (art. 1.721) y de Venezuela (Art. 884).

Se ha discutido sobre las ventajas y desventajas de uno y otro sistemas legales sobre la legítima. Algunos autores sostienen que el de cuota variable es más equitativo, pues aumenta o reduce la porción legítima de acuerdo con el mayor o menor número de legitimarios que concurran a la herencia en cada caso y, también, en base a la mayor o menor categoría del vínculo familiar que los une al causante, todo lo cual resulta

17 Sin embargo, también existen legislaciones de tipo occidental que no reconocen la institución de la legítima. Entre ellas podemos citar: las de los diferentes Estados de los Estados Unidos de América (exceptuando a Louisiana); las de las distintas Provincias de Canadá; la del Reino Unidò; y los CC de México y de las seis Repúblicas Centroamericanas.

particularmente beneficioso para los legitimarios, cuando éstos son muchos[18]. Por nuestra parte sin embargo, preferimos el sistema de cuota fija por la incuestionable ventaja de su sencillez.

## 45. Terminología aplicable

Tal como hemos dicho poco antes, se suele emplear como sinónimos, los términos *legítima, reserva* y *sucesión necesaria* o *sucesión forzosa* (*supra*, nº 43); e incluso así lo haremos en estas páginas, fundamentalmente para evitar la constante repetición de una misma palabra. Empero, ello no es absolutamente correcto desde un punto de vista técnico.

La *legítima*, que es la expresión realmente adecuada para hacer referencia a la institución que ahora estudiamos, tuvo su origen –como ya sabemos– en el Derecho Romano, aunque en verdad el significado de la misma no corresponde exactamente hoy día al que tuvo en Roma (lo cual se explica en razón de que la legítima moderna es el resultado de una fusión llevada a cabo por el Código Napoleón, de esa legítima romana con la reserva germánica), (*supra*, nº 43).

La *reserva*, en cambio, es un término original del antiguo Derecho Germánico, del cual pasó al Derecho Feudal: primitivamente significaba exactamente lo contrario a la legítima romana (*supra*, nº 43)[19].

La *sucesión necesaria o forzosa* era la que correspondía en el Derecho Romano a los *heredes necessarii* o a los *heredes sui et necessarii.* Aquéllos eran los esclavos del testador instituidos herederos por él, quienes después de su muerte se hacían libres y herederos, aun contra su voluntad; los *heredes sui et necessarii*, en cambio, eran los descendientes del causante que se encontraban bajo su potestad para la apertura de la sucesión y que, quisieran o no, tenían que convertirse en sus herederos[20]. De manera pues que en Roma no se consideraba heredero necesario (o forzoso) al heredero legitimario, sino al heredero que no podía renunciar la herencia que se le defería.

Como en el derecho moderno no existen herederos forzados a aceptar la herencia, obviamente no puede en la actualidad hablarse –con propiedad– de sucesión necesaria o forzosa, como equivalente a la institución de la legítima. Y menos aún si con aquellas expresiones se presente aludir un tercer título o causa de sucesión por causa de muerte

---

18 En ese sentido, entre nosotros, *cfr.*: Bastidas, *op. cit.*, T. II, pp. 348-350.

19 La doctrina italiana anterior al CC de 1942, prefería referir el término *legítima*, exclusivamente a la porción indisponible de la herencia, que correspondía de derecho a los descendientes legítimos y a los ascendientes ilegítimos del *de cujus;* mientras que utilizaba el término *reserva*, para aludir la porción indisponible de la herencia que correspondía de derecho a los descendientes naturales y al cónyuge del causante. Al respecto, *cfr.*: Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. VIII, nº 12, pp. 38-40; Polacco, *op. cit.* T.I., p. 298.

20 Gayo (*Institutas*), II, 152-157; *Institutas*, II, XIX.

(en adición a la intestada y a la testamentaria), puesto que la legítima es en realidad una porción de la sucesión *ab intestato* (*supra*, nº 43).

Cuando el causante deja herederos legitimarios, su herencia comprende dos partes: la *porción disponible* y la porción indisponible de la misma. Como su nombre lo indica, la porción disponible es la que el titular del patrimonio hereditario puede o pudo libremente disponer, ya sea por herencia o por donación. Y la porción *indisponible* es –precisamente– la legítima, o sea la parte del patrimonio hereditario reservada por la ley a los herederos legitimarios y que el testador no puede tocar ni afectar válidamente.

## 46. Caracteres de la Legítima

La legítima es cuota del patrimonio del causante; se debe de derecho y en plena propiedad a los herederos legitimarios; los derechos de éstos al respecto, sólo surgen en el momento de la apertura de la sucesión; y las normas que gobiernan al instituto, son de orden público en cuanto concierte al *de cujus*.

1. *La legítima es cuota hereditaria.*

En el Derecho venezolano, como en la mayor parte de las legislaciones modernas, la legítima es –en principio– una parte alícuota del patrimonio del causante, es decir, herencia (*pars hereditatis*); no se trata de legado (en términos generales), ni tampoco de un simple derecho de crédito (*pars bonorum*). En efecto, el art. 883 CC, comienza diciendo así: "La legítima es una cuota de la herencia...".

En cambio, la legítima en el Derecho Romano se podía perfectamente concebir como un simple derecho de crédito del legitimario contra su causante, quien gozaba de plena libertad de disponer por testamento, siempre que respetara –en valor– la porción que, como mínimo, debía corresponder a sus descendientes, ascendientes o hermanos[21]. Por otra parte, algunas legislaciones contemporáneas dan o permiten dar a la reserva, al menos en ciertos casos, el tratamiento de legado[22] entre nosotros, tal posibilidad sólo se plantea en el último de los casos –realmente excepcionales– a que se refiere el art. 885 CC (*infra*, nº 47).

Las consecuencias de lo antes dicho, se imponen por sí mismas: a) la legítima atribuye al legitimario la condición y la calidad de heredero de causante; b) el legitimario es titular de la acción de petición de herencia (*infra*, Capítulo XXII); c) el legitimario soporta a prorrata con los demás herederos, el pasivo sucesoral (art. 1.110 CC), (*infra*,

---

21 Al respecto, *cfr.*: Polacco, *op. cit.*, T.I., p. 301: De Page, *op. cit.*, T. VIII-2, nº 1404, p. 1500.

22 Así, el art. 2.304 CC de Alemania y el art. 774 CC de Austria, autorizan al testador a satisfacer mediante legados la cuota reservada al legitimario. A su vez, en Bélgica (art. 915 bis CC) y en España (arts. 834. 837 y 838 CC), la legítima del cónyuge sobreviviente es un simple legado de usufructo de determinada porción del patrimonio dejado por el causante; lo mismo acontecía en Italia durante la vigencia del CC de 1865 (art. 812).

Capítulo XXVIII); d) la posesión de los bienes del *de cujus* pasa de derecho al legitimario, en el momento de la apertura de la sucesión, sin necesidad de aprehensión material (art. 995 CC), (*supra*, n° 6, E, i; *infra*, n° 82-A); e) si el legitimario renuncia a la herencia, no puede retener la legítima ni recibir nada a título de ella (art. 1.085 CC); y f) el legitimario tiene el derecho de exigir que su cuota le sea satisfecha con bienes de la misma herencia (art. 1.070 CC), pero como no se trata de una obligación al respecto, también le es dado aceptar que le sea pagada de cualquier otra manera.

2. *La legítima se debe de derecho al legitimario.*

Este carácter de la legítima significa, en primer término, que la legítima corresponde al heredero legitimario *ope legis*, es decir, por mandato de la ley (arts. 883-884 CC). El legitimario no tiene que intentar acción alguna, ni tampoco que seguir algún procedimiento judicial o extrajudicial, a los efectos de tener derecho a la misma; al efecto basta que dicho reservatario acepte la herencia dejada por el *de cujus*[23].

Además, este carácter de la legítima implica que ella constituye sucesión intestada (y no testamentaria), precisamente en razón de que deriva de la ley y no de la voluntad del causante (*supra*, n° 43): y eso es así aunque el *de cujus* haya dejado testamento instituyendo al legitimario por su cuota reservada. Claro está que, si el causante instituye testamentariamente a su legitimario por una cuota hereditaria mayor que la que corresponde a éste a título de legítima, el excedente sí sería sucesión testamentaria y no *ab intestato*[24].

De la circunstancia de que la legítima sea herencia intestada, deriva la necesaria consecuencia de que el legitimario sólo necesita tener capacidad para suceder *ab intestato* (arts. 809-810 CC), (*supra*, nos. 13 a 15-A). Por lo tanto, si el supuesto legitimario no existe como persona o es indigno de suceder al causante, carece por completo de derecho a la legítima.

3. *La legítima se debe en plena propiedad al legitimario.*

Así lo consagra expresamente el art. 883 CC, que además, aclara: "El testador no puede someter la legítima a ninguna carga ni condición".

23 Desde luego, si el heredero testamentario está en posesión material de los bienes de la herencia y se niega a reconocer los derechos del heredero legitimario, éste tendría que interponer la acción de petición de herencia si desea proteger su posición; pero en ello no hay nada típico de la legítima, pues exactamente lo mismo sucedería con cualquier otro heredero (*ab intestato* o testamentario), aunque no sea legitimario, si se encuentra en situación similar.
Recuérdese, en cambio, que en el Derecho Romano el legitimario tenía que intentar la *querella inofficiosi testamenti*, para poder tener derecho efectivo a su legítima (*supra*, n° 43).

24 De Ruggiero (*op. cit.*, T. II, Vol. II, p. 456) sostiene que en la última hipótesis indicada, *toda* "la sucesión tendrá carácter testamentario, pues no puede hablarse de reserva cuando el legitimario consigue algo más que el importe de aquélla: la porción legítima queda absorbida en toda la porción atribuida", motivo por el cual debe aplicarse a dicha institución, única y exclusivamente las reglas sobre sucesión testamentaria.

Este carácter de la legítima implica que el heredero legitimario –precisamente por ser copropietario del patrimonio dejado por el causante– tiene el derecho de exigir la partición de la herencia en cuestión (arts. 768 y 1.067 CC), (*infra*, nos. 129 y 134) y de que se le satisfaga su cuota en especie y con los mismos bienes que figuran en dicho patrimonio común (art. 1.070 CC). Desde luego, se trata de un derecho –y no de una obligación– del legitimario, quien perfectamente puede convenir y aceptar que su cuota le sea pagada de cualquier otra manera.

Es evidente que el testador no puede someter la legítima a carga o condición alguna, pues de lo contrario podría resultar nugatorio el derecho del legitimario. Pero el legislador ha querido consagrar tal prohibición de manera expresa, para evitar cualquier duda al respecto y también para significar que ni siquiera puede el testador gravar la reserva con cargas o condiciones tendentes a beneficiar al mismo legitimario[25].

Nos valdremos de algunos ejemplos para aclarar esto último.

a) El art. 311 CC autoriza al testador que dispone en favor de un menor o de un entredicho, a designar un curador especial del beneficiario para la administración de los bienes que le transmite; desde luego, el testador generalmente utiliza esa facultad, pensando en la conveniencia del beneficiario, cuando desconfía de los padres o del tutor del incapaz instituido, en lo tocante a la administración de dichos bienes. Pues bien, aunque todo ello sea efectivamente así, el causante no puede designar curador especial para la legítima que corresponda a sus legitimarios de menor edad o entredichos (tal como lo indica el ord. 1° del art. 272 CC), precisamente porque se trata de una cuota de herencia que no puede ser sometida a carga o condición alguna. b) El ap. del art. 1.067 CC señala que el testador puede prohibir la partición de la herencia hasta un año después que hayan llegado a la mayor edad sus herederos o alguno de ellos; es evidente que tal previsión se ha establecido en beneficio y en protección de los herederos de menor edad; no obstante, cuando se trata de la porción legítima, la misma caree de toda eficacia y, por consiguiente, la partición de la herencia puede efectuarse válidamente, contra la voluntad del causante, aunque no haya transcurrido aún el plazo de la prohibición (*infra*, n° 129)[26].

En todo caso, la regla de que la legítima no puede ser afectada por carga alguna, no significa ni puede ser interpretada en el sentido de que el heredero legitimario no tenga que contribuir a la satisfacción del pasivo hereditario: todo lo contrario, como poco antes hemos expuesto, precisamente por ser la legítima una cuota de herencia, el legitimario –como todo heredero– está afectado por el pasivo que exis-

---

25 En el mismo sentido, *cfr.*: Polacco, *op. cit.*, T. I, pp. 311-312; De Page, *op. cit.*, T. VIII-2, n° 1406, A, pp. 1509-1511.

26 Desde luego, todavía menos validez tendrían las cargas y condiciones que no se basen en disposición legal alguna, pero que el testador pudiera idear en beneficio del legitimario; *v.gr.*: que éste obtenga un grado universitario.

ta en el patrimonio de su causante y responde del mismo a prorrata con los demás sucesores universales.

Ya sabemos que el legitimario puede aceptar –si así lo desea– que la legítima le sea satisfecha de manera diferente que con la plena propiedad de la correspondiente cuota de acervo hereditario; asimismo, el reservatario es libre de aceptar cualquier carga o condición impuesta por el causante a la legítima que le corresponde. Los casos más peculiares y notables de tales aceptaciones, son los que derivan del funcionamiento de la denominada *cláusula* o *cautela sociniana* (*infra*, nº 47).

Por otra parte, existen en el Derecho venezolano ciertas excepciones legales a la regla de que la legítima no puede ser gravada con carga o condición alguna: la reglamentada en el art. 1.126 y sigs. CC; las previstas en los arts. 10 y 11 de la Ley de Fideicomisos; y la consagrada en el art. 30 de la Ley sobre el Derecho de Autor.

i) Como veremos en su oportunidad, (*infra*, Capítulo XXIX), cuando el causante es ascendiente de sus herederos, puede partir y dividir él mismo la sucesión que corresponda a éstos, incluyendo la porción legítima de ella, tanto por donación como mediante testamento (arts. 1.126-1.132 CC). Ahora bien, si dicha partición la efectúa el ascendiente por acto de última voluntad y comprendiendo la legítima de sus descendientes herederos, de hecho y de derecho los priva de la libertad de distribuirse entre ellos la herencia como mejor lo deseen, lo cual –desde luego– constituye una carga.

Empero esta excepción sólo puede funcionar, como hemos indicado, cuando los legitimarios son los descendientes del *de cujus*, pero no si se trata de los ascendientes o del cónyuge del mismo.

ii) Por su parte, el art. 10 de la Ley de Fideicomisos, establece que no obstante la norma contenida en el ap. del art. 883 CC, el testador puede disponer la constitución de un fideicomiso respecto de la legítima o de parte de ella, cuando el heredero reservatario haya realizado reiteradamente actos de prodigalidad o se encuentra de tal manera insolvente, que sus futuras adquisiciones se vean seriamente amenazadas. A los efectos de que funcione esta excepción, no es necesario que el legitimario haya sido declarado judicialmente inhábil: basta que, de hecho, se haya comportado reiteradamente como una persona pródiga; o que se encuentre de tal manera insolvente, que pueda razonablemente temerse que cualquier nuevo bien que adquiera, esté condenado a ser aprehendido y ejecutado por sus acreedores. De ser necesario, una u otra circunstancia puede comprobarse por todos los medios legales.

Tal excepción deja de surtir efectos, si para la fecha de la apertura de la sucesión se ha corregido de manera permanente la prodigalidad o la insolvencia del legitimario; por otra parte, si una u otra situación subsiste para el momento de la muerte del causante, pero desaparece con posterioridad, entonces termina el fideicomiso en referencia.

Y a su vez, el art. 11 de la misma Ley de Fideicomisos, señala que es válida la constitución de fideicomisos en favor de incapaces por el tiempo que dure su incapacidad, incluso respecto de la legítima de ellos.

No obstante, en todos los casos aludidos, cuando el fideicomiso afecta la legítima del beneficiario, éste tiene siempre el derecho de recibir la renta de los bienes fideicometidos, cuando menos semestralmente. Y al terminar por cualquier causa el fideicomiso, dichos bienes deben ser transferidos al legitimario o a sus herederos, según se trate.

iii) Finalmente, el art. 30 de la Ley sobre el Derecho de Autor establece que el propio autor puede constituir por testamento un fideicomiso sobre ese derecho, por todo el término de su duración o por partede él, en favor de sus herederos forzosos, aunque tal fideicomiso afecte su legítima; y sin que para ello sea necesario que los reservatarios sean pródigos o insolventes.

En tal caso, no obstante, los legitimarios también tienen el derecho de recibir las rentas correspondientes, al menos semestralmente; y si el fideicomiso termina antes de la expiración del derecho de autor, éste debe ser transferido a los reservatarios o a sus herederos.

4) *Los derechos del legitimario nacen en el momento de la apertura de la sucesión.*

Por ser la legítima cuota de herencia, el derecho derivado de la misma sólo nace cuando se abre la sucesión del causante. Más aún, tal derecho requiere que el legitimario se haya convertido en heredero de *de cujus*, mediante la aceptación de la herencia (cuyos efectos se retrotraen a la fecha de la apertura de la sucesión, como lo señala el art. 1.001 CC: *supra*, n° 7-C, *in fine*).

De manera pues, que en vida del causante el reservatario no puede ejercer derecho alguno referente a la legítima; ni tampoco le es dado proteger a ésta, respecto de la propia persona de cuya sucesión se trata o en relación con terceros; y ello, precisamente, porque dicho legitimario no es todavía titular de derecho alguno sobre la herencia en cuestión.

Por lo demás, como luego veremos, el monto de la legítima sólo puede calcularse una vez que la sucesión se haya abierto (art. 889 CC), (*infra*, n° 49).

5) *Las normas legales sobre la legítima son de orden público en cuanto concierten al causante.*

Las reglas consagradas por el legislador en materia de reserva son de naturaleza muy peculiar, en el sentido de que constituyen materia de orden público en lo tocante al *de cujus*; pero en cambio no lo son, en cuanto se refieren al legitimario.

En efecto, la legítima la ha impuesto el legislador al *de cujus*, aun contra la voluntad de éste, como una restricción al derecho de disponer por testamento, con el propósito de proteger a la familia inmediata de dicho causante, todo lo cual configura, de manera muy clara, un instituto de orden público.

Sin embargo, después de abierta la sucesión, el legitimario tiene el derecho de renunciar a su legítima, tal como cualquier heredero puede hacerlo respecto de la cuota hereditaria que se le defiera por ley o por testamento, ya que en el Derecho moderno en general y en el venezolano en particular, no existe la figura del heredero forzado a aceptar la herencia aun contra su voluntad (*supra*, nº 45). De manera que si bien el legislador ha querido proteger a los miembros de la familia inmediata del causante, contra las excesivas liberalidades de éste, dichos familiares tienen el absoluto derecho de renunciar a tal protección (pero siempre que ello ocurra después de la apertura de la sucesión, puesto que de hacerlo con anterioridad, se trataría de un pacto sobre sucesión futura prohibido por el art. 1022 CC: *supra*, nº 5, C)[27].

## 47. La cláusula sociniana

Acabamos de decir que por mandato del art. 883 CC, la legítima *se debe en plena propiedad al legitimario y no puede ser sometida a carga o condición alguna* (*supra*, nº 46, 3). Empero, la doctrina ha interpretado que tales reglas funcionan exclusivamente cuando el legitimario recibe únicamente la porción legítima que le corresponde de derecho; pero que, en cambio, si el causante le deja –de una u otra manera– más de lo que le toca por concepto de reserva, la institución puede ser entonces hecha en forma distinta que en plena propiedad (*v.gr.*: en nuda propiedad, en usufructo, en renta, etc.) y también puede ser gravada con cargas o condiciones. Dentro de tales situaciones, sin embargo, el legitimario siempre puede optar, bien por recibir la porción que se le defiere, tal como lo ha previsto y ordenado el testador (es decir, en forma diferente que en plena propiedad, o sometida a determinadas cargas o condiciones) o bien, por exigir su cuota legítima, en plena propiedad y libre de toda carga o condición, haciendo abandono de lo que dispuso el causante en su favor; pero una vez ejercida dicha opción, al reservatario ya no le es dado retractarse ni cambiar su decisión. De manera que en los referidos supuestos, lo que no puede hacer el legitimario, es pretender recibir su porción legítima, en plena propiedad y sin carga o condición alguna y, adicionalmente, la parte complementaria de la institución, tal como la estableció el testador (es decir, en forma diferente que en plena propiedad, o sometida a determinada carga o condición).

Nos valdremos de un ejemplo para aclarar lo antes expuesto. Supongamos que el causante tiene un solo heredero legitimario, al cual corresponde –a título de legítima– la mitad (1/2) de la herencia; y que aquél deja testamento instituyendo a dicho legitimario como su único y universal heredero, pero bajo la condición de que se

---

27 La tesis que sostenemos no la discute la doctrina venezolana y corresponde al criterio más generalizado entre los autores patrios. Al respecto, *cfr.*: Sanojo, *op. cit.* T. II, nº 268, p. 237; Ramírez, *op. cit.* T. II, p. 230. Sin embargo, la peculiaridad de que la legítima no constituya materia de orden público en lo tocante al heredero legitimario, ha movido a Farrera (*op. cit.*, nº 193, pp. 169170) a negar el carácter de orden público a todas las reglas legales concernientes a la reserva, lo cual estimamos absolutamente desacertado.

gradúe de médico dentro de determinado plazo. El instituido, en tal caso, puede optar por cualquiera de las siguientes alternativas: a) por aceptar la voluntad del causante exactamente como aparece expresada en el testamento (es decir, aceptar toda la herencia del *de cujus*, sometida a la condición de graduarse de médico dentro del plazo fijado en el acto de última voluntad), de manera que si la condición impuesta no es cumplida oportunamente, el legitimario pierde todo derecho en esa sucesión, incluyendo su legítima; o b) por repudiar la voluntad testamentaria del causante y exigir sólo una cuota equivalente a la mitad (1/2) del patrimonio hereditario del *de cujus* –es decir, su legítima– en plena propiedad y libre de toda carga o condición. Pero en cambio, el legitimario en referencia no podría pretender recibir la mitad (1/2) de dicha herencia (o sea, su legítima), en plena propiedad y libre de carga o condición y que, además, se le reconozca con derecho a la otra mitad (1/2) del patrimonio en cuestión, bajo la condición de obtener el grado de médico, dentro del plazo fijado por el *de cujus* en su testamento[28].

El referido tipo de disposición testamentaria se conoce generalmente con el nombre de *cláusula* o *cautela sociniana*, aunque también es llamada *cautela gualdense* y *cautela angélica*. Se discute si su inventor fue Durante Gualdensis o Angelo degli Ubaldis, juristas italianos del siglo XV; pero todos están de acuerdo que su más importante defensor y difusor fue Marius Socinus *junior* (1482-1556), natural de Siena.

Conviene que nos detengamos un momento para examinar ciertas consecuencias que derivan del ejercicio, por el heredero legitimario, de las opciones a que da lugar la utilización, por el testador, de la cláusula sociniana.

1. Cuando se trata de la institución del legitimario por una cuota hereditaria superior a su porción legítima, pero sometida a carga o a condición, si el instituido decide renunciar a ella y exigir su reserva libre de condición o carga, la parte de la herencia que queda abandonada como consecuencia de tal decisión, corresponde, en primer término, al heredero sustituto del legitimario renunciante, si lo hubiere (art. 959 CC) (*infra*, nº 69-A); caso de no haber sustituto, dicha porción pasa a los coherederos del legitimario renunciante, si entre aquéllos y éste funciona el derecho de acrecer (art. 942 CC) (*infra*, nº 71); y si tampoco funciona el derecho de acrecer, entonces la porción en referencia pasa a los herederos *ab intestato* de causante (ap. del art. 807 y art. 946 CC).

En las tres hipótesis indicadas, el heredero sustituto, el coheredero beneficiado por el derecho de acrecer o el heredero intestado –según se trate– queda afectado

---

28 Al respecto, *cfr.*: Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. VIII, nº 26, pp. 78-79; De Ruggiero, *op. cit.*, T. II, Vol. II, p. 458; Polacco, *op. cit.*, T.I, pp. 304-310; Brugi, *op. cit.*, nº. 98, pp. 529-530; Messineo, *op. cit.*, T. VII, nº 200, pp. 351-353; G. Ortega Pardo, *Naturaleza Jurídica del llamado "Legado en lugar de Legítima"*, Gráfica Unión, Madrid, 1945, pp. 85-87; etc.
Las "cargas" a que se ha venido haciendo alusión, suelen generalmente ser legados a favor de terceras personas, con los cuales se grava la institución del legitimario; pero también puede tratarse de modos (*infra*, nº 57-C).

por la carga o condición impuesta por el testador, salvo que éste haya dispuesto lo contrario o que se trate de una carga o condición que, por su misma naturaleza, sólo pudiera afectar al legitimario renunciante (arts. 961, 945 y 946 CC) (*infra*, nos. 69-A, *in fine* y 71, 4 y 5).

2. Si la cláusula sociniana es empleada por el testador para instituir al legitimario por bienes o derechos con valor superior al de su cuota hereditaria legítima, pero que no representan ni significan la plena propiedad sobre tales bienes o derechos, estamos en presencia de importantes excepciones a principios consagrados por el art. 883 CC. Se trataría del caso en el cual el reservatario es instituido por testamento, para recibir a título de legítima (y no en adición a ésta), la nuda propiedad o el usufructo de determinados bienes de la herencia, o una renta vitalicia (pero siempre en el entendido de que lo que se le deja, tiene un valor mayor del que corresponde a su legítima o al rendimiento de ésta, según se trate).

En efecto, en el caso que ahora aludimos, si el legitimario acepta la institución hecha por el *de cujus*, no será heredero de éste, sino simple legatario (puesto que no habrá de corresponderle alícuota alguna del patrimonio dejado por el testador); y ello, a pesar de que el art. 883 CC indica que la legítima es cuota de herencia (*supra*, nº 46, 1). Por otra parte, como en el supuesto en referencia, el legitimario nada recibe en propiedad completa (sino en nuda propiedad, en usufructo o en renta), tampoco se cumple la previsión del mismo art. 883 CC, según la cual la reserva se debe en plena propiedad (*supra*, nº 46, 3).

3. En caso de que la carga impuesta por el testador al legitimario (instituido por más de lo que le corresponde a título de legítima), consista en un legado de usufructo o en un legado de nuda propiedad en favor de tercera persona, si el legitimario opta por exigir simplemente su legítima libre de toda carga, tal decisión implica un cambio radical en la naturaleza de la institución del titular del legado de usufructo o de nuda propiedad, pues el mismo –de simple legatario (como fue instituido por el causante)– pasa a ser heredero de éste, como consecuencia de las previsiones del art. 885 CC. A continuación explicamos lo que acabamos de exponer.

El art. 885 CC regula dos casos especiales de funcionamiento de la cláusula sociniana, lo cual pone en evidencia la validez y la eficacia de la misma, en nuestro sistema legal. Dice así: "Cuando el testador dispone de un usufructo o de una renta vitalicia, cuyo rendimiento exceda el de la porción disponible, los legitimarios pueden optar entre ejecutar esta disposición o abandonar la propiedad de la porción disponible. La misma elección pertenece a los legitimarios en el caso de que se haya dispuesto de la nuda propiedad de una cantidad que exceda de la porción disponible"[29].

---

29 La citada norma también existía en nuestros anteriores CC, desde 1873: arts. 872 CC de 1922 y de 1916; art. 875 CC de 1904; art. 779 CC de 1896; art. 758 CC de 1880; y art. 752 CC de 1873.

Tal como lo indica la norma antes transcrita, se debe considerar que un usufructo o una renta vitalicia excede de la porción disponible, cuando su rendimiento o su productividad es mayor que el rendimiento o la productividad de dicha porción disponible. Y se debe estimar que un legado de nuda propiedad de bienes excede de la porción disponible, cuando el valor de los bienes que constituyen su objeto, es superior al valor de la referida porción disponible (más adelante veremos como se calcula la porción legítima de la herencia y, por ende, la parte de libre disposición de la misma: *infra*, n° 49). En uno y otro casos debe atenderse a la situación existente para la fecha de apertura de la sucesión (art. 889 CC).

El legislador asume que cuando el testador dispone un legado de usufructo o de renta vitalicia cuyo rendimiento excede del de la porción disponible, está al propio tiempo instituyendo al legitimario por una cuota hereditaria mayor que la que le toca por concepto de reserva, puesto que si se limitara a dejarle simplemente la legítima–y además gravada con el indicado legado– es obvio que dicho reservatario ejercitaría, sin más, las acciones que le corresponden para proteger su cuota reservada. Y de igual manera, el legislador parte de la base de que si el testador dispone un legado de nuda propiedad de bienes cuyo valor excede de la porción disponible, está no obstante instituyendo al legitimario como legatario de un usufructo cuyo rendimiento excede del de la porción que le correspondería a título de reserva, ya que de no ser así, también sería de esperar –por simple lógica– que el reservatario procediera a ejercer las acciones que le corresponden para la protección de su legítima, lo cual habría de conllevar que la voluntad testamentaria del causante quedase incumplida.

Dentro de tales supuestos, la norma otorga al legitimario el derecho de optar –típico de la cláusula sociniana– entre ejecutar la disposición testamentaria, tal como la estableció el causante o, por el contrario, exigir que se le entregue su cuota legítima libre de toda carga, caso éste en el cual la porción disponible pasa –en plena propiedad– a la persona a quien el *de cujus* había instituido por el correspondiente usufructo, renta o nuda propiedad. Por tal motivo, dicho instituido deja de ser un simple legatario y se convierte en heredero del causante, con todas las consecuencias que de ello derivan[30]. Desde luego, el legatario instituido por el usufructo, por la renta

---

Fue copiada del art. 810 CC italiano de 1865, que –a su vez– se inspiró en el art. 917 del Código Napoleón (aunque no era idéntico a éste).
No nos cabe la menor duda de que la disposición en comentario es igualmente aplicable, como cláusula sociniana, al caso de que en lugar de usufructo se trate de legado de uso o de habitación que exceda de la porción disponible de la herencia.

30 Dicho criterio nuestro no es compartido por toda la doctrina. Se pronuncian en el mismo sentido que nosotros (el legatario del usufructo, de la renta o de la nuda propiedad se transforma en heredero, como consecuencia de la decisión del legitimario de abandonar la porción disponible): Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. VIII, n° 111, pp. 262-264; Sanojo, *op. cit.*, T. II, n° 272, pp. 241-242; y otros. En cambio, son de opinión contraria (el instituido legatario continúa siendo sucesor a título particular del causante, aunque como consecuencia del abandono por el legitimario de la porción disponible de la herencia, ésta pase en plena propiedad a dicho instituido legatario): Ricci, *op. cit.*, T. VIII, n° 305, pp. 363-365; Planiol & Ripert, *op. cit.*, T. V, n° 132, pp. 135-137; y otros. Esta última tesis ha sido acogida expresamente por el CC italiano de 1942 (art. 550).

o por la nuda propiedad, a quien en vez de tal legado le corresponde la titularidad de la porción disponible del patrimonio hereditario (como consecuencia de la decisión tomada por el legitimario), puede perfectamente repudiar dicha porción, caso en el cual la misma pasa al respectivo sustituto designado por el testador, si lo hubiere y, en caso contrario, al beneficiario del derecho de acrecer –si éste funciona– o a los herederos *ab intestato* del causante.

Ahora bien ¿cómo opera el referido derecho de opción cuando son varios los legitimarios afectados por la institución del legado de usufructo, de renta vitalicia o de nuda propiedad? La doctrina es casi unánime en el sentido de que cada legitimario es dueño de ejercer la opción de una u otra manera por la porción que le corresponde, independientemente de que los demás la ejerzan o no en idéntica forma. En consecuencia, puede suceder que todos ellos decidan acatar la voluntad testamentaria del causante, caso en el cual no existirá problema alguno; o bien, que todos resuelvan abandonar la porción de libre disposición de la herencia y retener sus respectivas legítimas, libres de carga, hipótesis que tampoco da lugar a complicaciones; pero también podría suceder que algunos de los legitimarios opten por cumplir la voluntad del *de cujus* y otros prefieran exigir su legítima en plena propiedad y libre de cargas. En este último caso, se aplican las mismas reglas del art. 885 CC, pero separadamente en lo tocante a la relación de cada legitimario con el legatario instituido por el usufructo, la pensión o la nuda propiedad, como pasamos a aclararlo con el siguiente ejemplo[31].

El causante deja un patrimonio neto de 1.200 y tres legitimarios que son AA, BB y DD, a cada uno de los cuales corresponde una legítima de 200 (lo cual significa que el total de las legítimas sería de 600); sin embargo, deja testamento instituyendo a XX como legatario de un usufructo vitalicio sobre la totalidad del patrimonio hereditario (razón por la cual, en definitiva, cada legitimario resulta instituido por la nuda propiedad de 400). Dentro de esa situación, supongamos que el legitimario AA opta por acatar la voluntad testamentaria, mientras que los legitimarios BB y DD prefieren reclamar su legítima y abandonar en favor del legatario, la parte de libre disposición de la herencia que les hubiera correspondido. La situación resultante sería entonces la siguiente: a) el legitimario AA recibe 400 en *nuda propiedad* (que se consolidarán en propiedad plena cuando desaparezca el usufructo que corresponde al legatario XX); b) el legitimario BB recibe 200 en *plena propiedad* (su legítima); c) el legitimario DD también recibe 200 en *plena propiedad* (su legítima); y el legatario XX (que ahora es además heredero), recibe 400 en *plena propiedad* (porción disponi-

31 Al respecto, *cfr.*: Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. VIII, nº 106, pp. 254-256; Planiol & Ripert, *op. cit.*, T. V, nº 131, p. 135; Sanojo, *op. cit.*, T. II, nº 272, p. 241; Dominici, *op. cit.*, T. II, p. 120; Farrera, *op. cit.*, nº 206, pp.177-178; etc. Por el contrario, Ricci (*op. cit.*, T. VIII, nº 303, pp. 356-358), considera que en el supuesto en referencia, se requiere la voluntad unánime de todos los legitimarios, a los efectos de abandonar la porción disponible de la herencia.

abandonada por BB y por DD) más 400 en *usufructo* (lo que quedó del legado originalmente instituido por el testador).

¿Y si más bien se trata de que el testador ha instituido además del legado de usufructo, de renta o de nuda propiedad, otro u otros legados sobre la plena propiedad de bienes que figuran en el patrimonio hereditario? En tales supuestos, la doctrina está de acuerdo en que ya no debe aplicarse la norma del art. 885 CC, sino más bien la regla del art. 1.790 CC que ordena la reducción del legado de renta vitalicia (o, por analogía, del legado de usufructo o de nuda propiedad), si excede de la porción de que el testador puede disponer, de conformidad con las reglas que estudiaremos más adelante (*infra*, Capítulo IX)[32].

Para precisar nuestra opinión sobre el particular y a fin de evitar confusiones, nos valdremos de algunos ejemplos.

*Primer caso*: Cuando el testador ha dispuesto uno o más legados de usufructo, de nuda propiedad o de renta vitalicia en favor de una o de varias personas (pero no ha dispuesto legados en plena propiedad) y los mismos exceden de la porción disponible, se aplican las normas del art. 885 CC (cláusula sociniana, con opción para el legitimario).

Supongamos que se trata de un patrimonio hereditario con valor de 100 y que el causante sólo tiene un legitimario (XX), a quien corresponde –en consecuencia– una legítima de 50. Dicho causante deja testamento en el cual instituye al legitimario XX como único y universal heredero y además dispone un legado de usufructo vitalicio sobre la totalidad del patrimonio hereditario, en favor de AA (o en favor de AA y BB). El legitimario XX puede optar: a) por cumplir la voluntad del causante, tal como aparece en el testamento (caso en el cual recibe 100 en *nuda propiedad* y satisface el legado de usufructo sobre 100, en favor del legatario AA o de los legatarios AA y BB, según se trate); o b) por exigir su legítima libre de toda carga y abandonar la parte de libre disposición al legatario o a los legatarios (caso en el cual recibe 50 en *plena propiedad* y los otros 50 pasan también en plena propiedad, al legatario AA o a los legatarios AA y BB, según se trate).

Otro ejemplo: dentro de la misma hipótesis patrimonial y familiar del ejemplo anterior (causante con patrimonio de 100 y un solo legitimario), el testamento establece un legado de usufructo vitalicio sobre la totalidad del patrimonio hereditario, en favor de AA, otro legado de la nuda propiedad de un bien que vale 40, a favor de BB e instituye al legitimario XX como único heredero. El legitimario XX puede optar: a) por cumplir la voluntad del causante, tal como aparece en el testamento (caso en el cual recibe 60 en *nuda propiedad* y satisface tanto el legado de usufructo sobre 100, en favor del legatario AA como el de nuda propiedad sobre 40, en favor

32 Al respecto, *cfr.*: Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. VIII, nº 107, pp. 256-258; Ricci, *op. cit.*, T. VIII, nº 304, pp. 359-362; Planiol & Ripert, *op. cit.*, T. V, nº 133, p. 137; etc.

del legatario BB); o b) por exigir su legítima libre de toda carga y abandonar la parte de libre disposición a los legatarios, caso en el cual recibe 50 en *plena propiedad* y los otros 50 se distribuyen de la siguiente manera: AA recibe el usufructo de 50 más la nuda propiedad de 21,43 (lo cual, en definitiva, significa la plena propiedad de 21,43 más el usufructo de 28,57); y BB recibe la nuda propiedad de 28,57[33].

*Segundo caso*: Cuando el testador ha dispuesto varios legados, de los cuales uno o más son de usufructo, de nuda propiedad o de renta vitalicia y otro u otros tienen por objeto la plena propiedad de otros bienes, si tales legados –en conjunto– exceden de la porción disponible, se aplican las normas del art. 1.790 CC (reducción proporcional de todos los legados).

Seguimos siempre en la hipótesis de un patrimonio hereditario con valor de 100 y de que el causante sólo tiene un legitimario (XX), a quien corresponde –en consecuencia– una legítima de 50. Dicho causante deja testamento en el cual instituye al legitimario XX como único y universal heredero; además dispone un legado de usufructo vitalicio sobre 50, en favor de AA y otro legado de la plena propiedad de un bien que vale 25, en favor de BB. El legitimario XX ya no tiene la opción de exigir su legítima libre de cargas y abandonar la porción disponible de la herencia en favor del legatario AA, puesto que entonces quedaría el legatario BB sin recibir nada; en dicho caso, si el legitimario XX reclama su legítima de 50 en plena propiedad, la misma debe serle satisfecha reduciendo proporcionalmente tanto el legado de AA como el legado de BB: se aplica pues la norma del art. 1.790 CC y no la del art. 885 *ejusdem*.

El procedimiento a seguirse, es el siguiente: el testamento del causante significa que al legatario AA corresponde el usufructo vitalicio de 50 y que al legatario BB toca, en plena propiedad, un bien que vale 25; de manera que, en definitiva, los derechos del legitimario XX se han reducido a sólo la nuda propiedad de 50 más la *plena propiedad* de 25; ello implica que para completarle su legítima, debe recibir –además– el usufructo de 25 y que tiene que abandonar la nuda propiedad de otros 25 (es decir, 50 de nuda

33 Las operaciones que determinan ese resultado, se detallan así: a) como la parte de libre disposición es de sólo 50, el legatario AA, a quien el testamento asignaba el usufructo de 100, tiene que reducir su referido legado a la mitad (usufructo de 50); b) a su vez, como la reducción de los legados tiene que ser proporcional (art. 891 CC), el legatario BB tiene también que reducir su legado de nuda propiedad, de 40 a 20, es decir, a la mitad; c) las anteriores operaciones, por lo tanto, sólo consumen en conjunto, el equivalente a la plena propiedad de 20 más el usufructo de otros 30, lo cual significa que queda todavía un sobrante de nuda propiedad sobre 30; d) ese sobrante se distribuye –también proporcionalmente– entre ambos legatarios (la correspondiente proporción es de 50 –para el legatario AA– a 20 –para el legatario BB–), lo cual da derechos adicionales de nuda propiedad de 21,43 para AA y de 8,57 para BB; e) como AA ya tenía el usufructo de 50, la agregación de nuda propiedad de 21,43 le representa, en definitiva, la plena propiedad de 21,43 más el usufructo de otros 28,57; y f) en razón de que BB ya tenía la nuda propiedad de 20, la agregación de nuda propiedad de 8,57, le significa, también en definitiva, un total de 28,57 en nuda propiedad

propiedad que ya tiene, menos 25 que abandona, deja un saldo de 25 en nuda propiedad que, sumados a 25 de usufructo que debe recibir, hace 25 en plena propiedad; ello unido a los restantes 25 en plena propiedad que ya le correspondían por testamento, completa su legítima de 50 en plena propiedad). En consecuencia, por una parte se tiene que reducir proporcionalmente los legados de AA y de BB, lo cual se hace quitando a cada legado el usufructo de 12,50; y, por otra, es preciso distribuir, también proporcionalmente, entre ambos legados, el sobrante de la nuda propiedad de 25, abandonados por el legitimario, lo cual se hace agregando la nuda propiedad de 12,50 a cada legado. De esa manera el legitimario XX encontrará satisfecha su legítima de 50, en *plena propiedad*; el legado de AA queda reducido al usufructo de 25 más la plena propiedad de 12,50 (dicho legado original, sufre la reducción del usufructo de 12,50 y recibe la agregación de la nuda propiedad de 12,50); y el legado de BB queda reducido a la plena propiedad de 12,50 más la nuda propiedad de otros 25 (a su vez, dicho legado original, sufre la reducción del usufructo de 12,50 y recibe la agregación de la nuda propiedad de 12,50)[34].

## 48. LOS HEREDEROS LEGITIMARIOS Y LA EXTENSIÓN DE SUS DERECHOS

En la legislación venezolana son herederos legitimarios del causante: sus *descendientes, sus ascendientes* y su *cónyuge sobreviviente no separado de bienes* (art. 883 CC); pero dichos legitimarios no concurren todos de manera simultánea, sino que al respecto funcionan las reglas sobre exclusión y sobre representación establecidas por el CC para las sucesiones intestadas (art. 884 CC) (*supra*, Capítulo IV y nos. 16 a 17C).

1. Descendientes.

En esta clase o grupo de herederos legitimarios están comprendidos los *hijos matrimoniales (legítimos)* del causante y *sus ulteriores descendientes* (*matrimoniales, extramatrimoniales o adoptados en adopción actual*) (arts. 822 y 826 CC y arts. 425-426 LOPNA)[35]; los *hijos extramatrimoniales (naturales) y sus ulteriores descendientes* (*matrimoniales, extramatri-*

34 No queremos poner fin a este punto relativo a la cláusula sociniana, sin advertir que algún sector de la doctrina concede especial importancia al denominado "legado en lugar de legítima". Se trata de una institución testamentaria a título particular, hecha por el causante a su legitimario, como pago sustitutivo de la legítima (y no en adición a ésta). A nuestro modo de ver, claramente se trata de un caso especial de funcionamiento de la cláusula sociniana, de manera que el legitimario, en tal hipótesis, puede optar por aceptar el legado que se le hace, en sustitución de su legítima; pero igualmente puede rechazar ese legado y exigir su *cuota hereditaria legítima*, en base al derecho que le acuerda el art. 883 CC (*supra*, nº 46, 1); pero el legatario instituido no puede pretender que, en tal caso, le corresponde la legítima en adición al legado. Ese criterio, por lo demás, es el consagrado expresamente por el CC italiano vigente (art. 551).

35 En el subgrupo de los hijos matrimoniales debe incluirse igualmente a los hijos legitimados del causante, que lo hayan sido con anterioridad a la promulgación de la LRPCC, que eliminó esa institución (figuraba en los arts. 227-245 CC original de 1942).

*les, extramatrimoniales o adoptados en adopción actual*) (arts. 822 y 826 CC y arts. 425-426 LOPNA); los *adoptados en adopción actual y sus ulteriores descendientes (matrimoniales, extramatrimoniales o adoptados en adopción actual* (arts. 425-426 LOPNA y arts. 822 y 826 CC); y los *adoptados en adopción antigua* (art. 829 CC), pero no sus ulteriores descendientes (art. 58 de la Ley de Adopción de 1983; art. 256 de la Ley sobre Adopción de 1972; art. 256 CC original de 1942).

En cuanto concierne a los hijos matrimoniales y a los hijos extramatrimoniales del causante, debemos recordar que nuestra legislación vigente no establece entre ellos diferenciación alguna en materia sucesoral, motivo por el cual todos ellos tienen derechos exactamente iguales en la herencia de su padre o madre (art. 826 CC) (*supra*, n° 19-A, 5); tal situación, por lo demás, no sufre excepción alguna en materia de legítima. Por otra parte, no todos los descendientes matrimoniales y extramatrimoniales del *de cujus* tienen derecho simultáneo a la legítima, sino que al respecto se aplica el principio de la proximidad de grado, al cual nos hemos referido anteriormente: el descendiente de grado más próximo de parentesco respecto del causante, excluye al de grado más remoto, también en cuanto a la legítima, salvo cuando funciona el derecho de representación (*supra*, nos. 11, A y 18).

Por lo que respecta a los adoptados en adopción actual, ya sabemos que la ley asimila su condición a la de los hijos de sangre del adoptante (arts. 425-426 LOPNA), motivo por el cual, en lo tocante a la legítima, no cabe hacer distinciones entre unos y otros.

Finalmente, en lo relativo a los adoptados en adopción antigua, el art. 829 CC les acuerda en la herencia del adoptante "los mismos derechos que los otros hijos"; lo cual obliga a concluir que son también legitimarios del adoptante, pues de lo contrario no gozarían en realidad, de derechos idénticos a los hijos de sangre[36]. En cambio, los hijos y ulteriores descendientes del adoptado en adopción antigua, jamás son herederos legitimarios del adoptante, ya que tampoco son herederos intestados suyos (*supra*, n° 21A), pues no existe vínculo alguno de familia entre éste y aquéllos (art. 58 Ley de Adopción de 1983; art. 62 Ley sobre Adopción de 1972; art. 256 CC original de 1942) y ya sabemos –por una parte– que la sucesión intestada sólo funciona

36 Por lo demás, en la Exposición de Motivos de la LRPCC de 1982, se insiste en que su objetivo principal era la eliminación de las contradicciones que aparecían en la normativa sobre Derecho de Familia contenida en el CC original de 1942, respecto del principio básico de la igualdad jurídica consagrado por la CN. Y cuando dicha Exposición alude las modificaciones hechas por la LRPCC a las normas sobre sucesiones intestadas, expresa que "en esta materia se han mantenido las disposiciones actuales que determinan los porcentajes que corresponden a los miembros de la familia, procediéndose a las adaptaciones derivadas del principio admitido de unidad de filiación" [DMEPPMD, *Ley de Reforma Parcial del Código Civil*, Imprenta del Ministerio de Educación, Caracas, 1984, p. 169 (ver igualmente pp. 161164, de dicha obra)].

En consecuencia, en la presente edición rectificamos, en el sentido antes indicado, el criterio que sobre el particular habíamos sostenido en las dos primeras ediciones de esta obra [la de 1994, n° 48, pp. 263-264, en nota (36); y la de 1997, T. I, n° 48, pp. 249-250, en nota (36)].

entre personas que tienen entre sí nexos familiares (*supra*, n° 11) y –por otra– que la legítima es sucesión *ab intestato* (*supra*, n° 46, 2).

De manera, pues, que los hijos matrimoniales, los hijos extramatrimoniales, los adoptados en adopción plena y los adoptados en adopción simple, concurren conjuntamente y en pie de igualdad, como legitimarios del causante. Por otra parte y como dijimos poco antes, en lo concerniente a la legítima de los descendientes del causante funciona el derecho de representación, exactamente de acuerdo con las mismas reglas que ya hemos estudiado al respecto (*supra*, nos. 17 a 17C).

2. Ascendientes.

La segunda clase o grupo de herederos legitimarios comprende los *padres matrimoniales (legítimos) o extramatrimoniales (naturales)* del causante y sus *demás ascendientes (legítimos, naturales o por adopción actual)*[37] (art. 825 CC y arts. 425-426 LOPNA); los *adoptantes en adopción actual* del causante y sus *demás ascendientes* por causa de esa adopción (arts. 425-427 LOPNA): pero en este último caso quedan excluidos los ascendientes de sangre del causante, toda vez que su adopción plena extinguió dicho parentesco consanguíneo (art. 427 LOPNA).

Tampoco están comprendidos en la clase o grupo en referencia, los adoptantes del causante en adopción antigua, toda vez que no estando ellos llamados a la sucesión intestada del adoptado causante (*supra*, n° 11), mal podrían ser herederos legitimarios suyos; y mucho menos los ascendientes de dichos adoptantes, que no tienen vínculo familiar alguno con el causante.

En materia hereditaria en general o de legítima en particular, nuestra legislación civil no hace distinción ni diferenciación alguna, entre padres u otros ascendientes, según que lo sean por razón de matrimonio o extramatrimonialmente (arts. 827 y 884 CC) (*supra*, n° 19-B, 5); la misma, por otra parte, reconoce a los adoptantes en adopción actual (y a los ascendientes de ellos), los mismos derechos en general, que a los padres y demás ascendientes de sangre (arts. 425 y 426 LOPNA). Pero aquí rige también el principio de la proximidad de grado: el ascendiente de grado más próximo al causante, excluye al de grado más remoto (*supra*, nos. 11, A y 18); y tal principio no sufre ahora excepción alguna, puesto que entre ascendientes no funciona la representación sucesoral (art. 816 CC) (*supra*, n° 17-B).

3. Cónyuge no separado de bienes.

El CC venezolano, como la mayoría de las legislaciones modernas, reconoce el derecho a la legítima del cónyuge sobreviviente del causante[38]. Empero, entre nosotros,

37 Dentro del subgrupo de los padres, también debe incluirse a los que hubieren legitimado al causante antes de la promulgación de la LRPCC [que eliminó el instituto de la legitimación, conforme señalamos en la nota (35) del presente Capitulo].

38 No obstante, todavía en algunos países el cónyuge no es heredero legitimario. Así: Brasil (art. 1.721 CC) y otros.

dicho consorte es legitimario únicamente cuando no hay separación de bienes entre el mismo y el *de cujus*[39].

> La norma en referencia que, hasta donde sabemos, no tiene equivalencia en otros CC contemporáneos, es incuestionablemente una reminiscencia del Derecho Romano: de acuerdo con la Ley de las XII Tablas, allá la mujer casada *in manu* heredaba a su marido *loco filiae*, es decir, como si fuese hija de él, lo cual se consideraba una lógica contrapartida a la absorción por el marido del patrimonio de la mujer, que determinaba ese matrimonio; pero si las nupcias eran *sine manu*, la viuda –al menos originalmente– no tenía derecho alguno en la sucesión intestada del esposo, pues entonces carecía de sentido la referida contrapartida, en razón de que en el matrimonio *sine manu* la mujer conservaba su patrimonio totalmente separado del de su marido (quien en cambio recibía la dote como contribución de ella a los gastos de la vida común)[40]. El Derecho venezolano, si bien reconoce a ambos esposos la vocación hereditaria *ab intestato,* aunque estén separados de bienes (art. 823 CC), les niega la condición de legitimarios cuando entre ellos existe tal separación legal de bienes (art. 883 CC).

Desde luego, para que el cónyuge sobreviviente pueda ser legitimario del causante, es indispensable que sea heredero intestado de éste, toda vez que la legítima es parte de la sucesión *ab intestato* (*supra*, nº 46, 2). En consecuencia, se requiere que para la fecha de apertura de la sucesión exista *matrimonio* válido entre el *de cujus* y su esposo o esposa sobreviviente; pero además es preciso que para entonces, no haya *separación de cuerpos y de bienes* entre los cónyuges (contenciosa o por mutuo consentimiento), toda vez que en este caso –aunque subsiste el vínculo matrimonial– desaparece la vocación hereditaria entre ellos, por mandato del art. 823 CC (ya hemos dicho que si los esposos sólo están separados de cuerpos pero no de bienes, o si únicamente lo están de bienes pero no de cuerpos, conservan su recíproca vocación hereditaria *ab intestato*) (*supra*, nº 11, B, *in fine*).

A todo lo anterior es preciso agregar, según dijimos primeramente, que el carácter o la condición de heredero legitimario no existe entre los esposos que estén *legalmente separados de bienes* (art. 883 CC).

El caso más común de separación legal de bienes, es el de los esposos casados bajo *régimen patrimonial de separación*[41]. Pero también existe dicha separación, cuando el matrimonio se ha contraído bajo régimen de comunidad y luego ésta se disuelve por disposición legal o por decisión judicial (a pesar de que el matrimonio sobrevive); las últimas situaciones aludidas se plantean en las circunstancias, previstas

---

39 La disposición del art. 884 CC, en lo relativo a la legítima del cónyuge, es original del CC de 1904 (art. 779); figuraba igualmente en los CC de 1916 y de 1922 (art. 868).

40 Al respecto, *cfr.*: Gayo (*Institutas*), III, 3; *Institutas*, III, I, 1 y 2.

41 *Inst.*: JTR, Vol III, p. 159.

en el segundo ap. del art. 173 CC: *ausencia declarada* de uno de los esposos; *quiebra declarada* de alguno de ellos; y *sentencia judicial de separación de bienes* (derivada de una demanda autónoma de separación de bienes, basada en la administración irregular o irresponsable llevada a cabo por uno de los esposos respecto de los bienes comunes: arts. 171 y 174-178 CC)[41A].

Señala el art. 884 CC que los herederos legitimarios del causante concurren y son excluidos, de acuerdo con las reglas generales del orden de suceder *ab intestato*, que ya tuvimos oportunidad de estudiar (*supra*, Capítulo IV).

De ello resulta:

A. Que los descendientes del causante (matrimoniales, extramatrimoniales, por adopción actual o por adopción antigua), *jamás son excluidos* como legitimarios, por los restantes grupos de herederos legitimarios (*supra*, n° 19-A, 1 y n° 21-A).

B. Que el cónyuge del causante (no separado de bienes) *tampoco es excluido en caso alguno* como legitimario, por los restantes grupos de herederos legitimarios (*supra*, n° 20, 1).

C. Que los ascendientes del causante (legítimos, naturales, o por adopción actual), son excluidos como legitimarios, por los descendientes (matrimoniales, extramatrimoniales, por adopción actual o por adopción antigua) del *de cujus* (*supra*, n° 19-A, 2, n° 19-B, 1 y n° 21-A). De manera que los ascendientes del causante no tienen derecho a legítima, sino en defecto de descendientes del mismo.

D. Que *pueden concurrir* como legitimarios de un mismo causante, los descendientes (matrimoniales, extramatrimoniales, por adopción actual y por adopción antigua) y el cónyuge del *de cujus*. Y

E. Que igualmente *pueden concurrir* como legitimarios de un mismo causante, sus ascendientes (legítimos, naturales, o por adopción actual) y el cónyuge sobreviviente del *de cujus* (*supra*, n° 19-B, 3 y n° 20, 3).

No está de más recordar que los derechos del legitimario dependen de que tenga capacidad para suceder al causante. Por lo tanto, la indignidad (como cualquier otra causa de incapacidad para suceder *ab intestato*), hace perder la legítima.

---

41A En el supuesto de que el PLPF al cual ya nos hemos referido varias veces con anterioridad [*supra*, n° 11, en nota (8A); n° 11, *in fine*; n° 20, en nota (8); y n° 30-E, en nota (40)], fuere aprobado con el mismo texto de su presentación a la Asamblea Nacional, los convivientes en uniones estables de hecho, debidamente legalizadas y registradas, serían además entre ellos, herederos legitimarios, puesto que entonces gozarían de la misma condición sucesoral de los cónyuges (art. 41 PLPF); pero ello siempre y cuando en el acto de la legalización de su unión, no hayan acordado un régimen de separación de bienes (lo que aparentemente autoriza el art. 43 PLPF). En todo caso, reiteramos la problemática hereditaria que podría surgir si el conviviente fallecido era a su vez casado (situación que podría plantearse de acuerdo con lo que establece la primera parte del art. 41 PLPF [*supra*, n° 20, en nota (8)].

En cuanto a su monto, la legítima de cada heredero legitimario (sea descendiente, ascendiente o cónyuge del causante), es el equivalente a la *mitad* de sus respectivos derechos en la sucesión intestada del *de cujus* (art. 884 CC).

## 49. Determinación o cálculo de la Legítima

Como sabemos, la institución de la legítima ha sido establecida por el legislador para proteger a los miembros más cercanos de la familia del *de cujus*, respecto de las excesivas liberalidades de éste, efectuadas tanto por actos *mortis causa* (testamentos) como por negocios jurídicos entre vivos (donaciones) (*supra*, nº 43). Por tal motivo, a los efectos de determinar la porción reservada a los legitimarios del causante en cada sucesión determinada, es indispensable, por una parte, que la misma esté ya abierta y, por otra, tomar en consideración no sólo el patrimonio hereditario del *de cujus* para la fecha de apertura de su sucesión, sino también las gratuidades hechas por él durante los últimos años de su vida.

A los fines de lograr tales propósitos, el art. 889 CC señala las operaciones que deben llevarse a cabo, las cuales son las siguientes: 1) determinación del monto del activo hereditario; 2) determinación del monto del pasivo y detracción del mismo, al monto del activo hereditario (para establecer así, el monto del activo hereditario neto); 3) determinación del monto de las donaciones efectuadas por el causante durante los últimos diez años de su vida y agregación ficticia del mismo, al monto del activo hereditario neto; y 4) cálculo propiamente dicho de la legítima sobre el resultado de la tercera de las indicadas operaciones.

1. *Determinación del monto del activo hereditario.*

Esta primera operación se lleva a cabo sumando el valor real o de mercado, para la fecha de la apertura de la sucesión, de todas y cada una de las partidas que constituyen el activo patrimonial dejado efectivamente por el causante, que sean susceptibles de sucesión por causa de muerte.

En consecuencia, no se toma en cuenta para el cálculo del activo hereditario:

a) Las partidas del activo patrimonial del *de cujus* que no forman parte de su herencia: sus facultades personalísimas innatas (capacidad de trabajo o de producción, etc.); sus derechos sólo vitalicios (usufructo o uso por tiempo indeterminado, habitación, renta vitalicia, etc.); y sus créditos y acciones que desaparecen con la muerte del titular (*supra*, nº 3, C).

b) Los frutos civiles y naturales producidos o devengados por los bienes de la herencia, a partir de la fecha de la apertura de la sucesión, puesto que los mismos jamás llegaron a pertenecer al causante y, por ende, no constituyen parte del patrimonio hereditario (sino que pertenecen *ab initio* a los herederos del *de cujus*).

c) Los créditos incobrables, ya que, por hipótesis, carecen de todo valor.

d) En relación con los derechos del causante sometidos a condición suspensiva, la generalidad de la doctrina se pronuncia por excluirlos de la determinación del monto del activo hereditario, pero quedando los legitimarios obligados a indemnizar correspondientemente a los otros herederos (y también eventualmente a los legatarios y a los donatarios), en caso de que los derechos en cuestión ingresen definitivamente al patrimonio hereditario (en cambio, por lo que concierne a los derechos sometidos a condición resolutoria, la misma doctrina considera que deben incluirse en la determinación del monto del activo hereditario, pero quedando obligados los otros herederos del causante –y también eventualmente los legatarios y los donatarios– a indemnizar correspondientemente a los legitimarios, en caso de que los derechos en referencia desaparezcan, en definitiva, del patrimonio hereditario)[42].

2. *Determinación y detracción del monto del pasivo.*

La segunda operación concerniente al cálculo de la legítima, comprende dos partes: la determinación del monto del pasivo y su detracción al monto del activo hereditario.

A. La primera parte de la operación se efectúa sumando el monto real o saldo, para la fecha de la apertura de la sucesión, de todas y cada una de las partidas que constituyen el pasivo del causante. Desde luego, a tales efectos se toma exclusivamente en cuenta las obligaciones pendientes de cumplimiento, a cargo del *de cujus* para la fecha de su muerte o, como dice textualmente el art. 889 CC, "las deudas" del mismo.

Sobre el particular conviene hacer ciertas observaciones:

a) Obviamente, a los efectos de la determinación del monto del pasivo, no se considera a los legados que el causante haya dispuesto por testamento, pues si bien ellos constituyen parte del pasivo hereditario (es decir, cargas de los herederos, sean o no legitimarios), no son deudas del causante, es decir, obligaciones a cargo de éste y pendientes de cumplimiento para la fecha de su muerte.

---

42 Al respecto, *cfr.*: Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. VIII, nº 54, pp. 130-131; Ricci, *op. cit.*, T. VIII, nº 287, p. 332; Messineo, *op. cit.*, T. VII, nº 191, p. 218; Planiol & Ripert, *op. cit.*, T. V, nº 56, pp. 65-66; De Page, *op. cit.*, T. VIII-2, nº 1446, pp. 1539-1540; Sanojo, *op. cit.*, T. II, nº 277, pp. 248-249; etc. Por su parte, Polacco (*op. cit.*, T. II, pp. 575-577) sostiene tesis similar, pero con ciertas variantes: considera que en todo caso de derechos sometidos a condición –sea ésta suspensiva o resolutoria– se puede optar por incluirlos en la masa hereditaria, a los efectos de la determinación del monto del activo total o por excluirlos de la misma; si se decide lo primero (inclusión), los otros herederos del causante responden a los legitimarios en caso de que los aludidos derechos desaparezcan luego del patrimonio hereditario; y si se ha decidido lo segundo (exclusión), los legitimarios responden a los otros herederos del *de cujus* si después, los derechos en cuestión ingresan definitivamente en le patrimonio hereditario. Desde luego, es obvio que todos los interesados pueden, de común acuerdo, establecer al respecto reglas diferentes de todas las anteriormente señaladas, si así lo consideren más convenientes para su caso específico, ya que este punto en particular no constituye materia de orden público.

b) Tampoco constituyen parte del pasivo dejado por el *de cujus*: los gastos funerarios; los gastos de apertura de testamento o de inventario de la herencia; los gastos de avalúo de los bienes que integran ésta; los gastos relacionados con la declaración de la herencia, o con su liquidación o partición, ni el impuesto sucesoral a cargo de herederos y legatarios. En efecto, la causa de todas esas obligaciones es posterior a la fecha de la muerte de la persona de cuya sucesión se trata y, por ende, ellas nunca llegaron a ser deudas de ésta[43].

c) Por las mismas razones antes señaladas, tampoco forman parte del pasivo, los gastos de entrega de los legados dispuestos por el causante. En todo caso, si bien los mismos son –en principio– de cargo de la herencia, no pueden afectar la legítima de los herederos legitimarios (art. 940 CC) (*infra*, nº 66).

d) Por último, en cuanto a obligaciones contingentes, obligaciones condicionales y otras de naturaleza similar, que existieren a cargo del causante para la fecha de apertura de su sucesión, habría que aplicar, *mutatis mutandi*, reglas similares a las que poco antes hemos señalado respecto de los derechos bajo condición (suspensiva o resolutoria), que haya dejado el *de cujus*.

B. La segunda parte de esta segunda operación relativa al cálculo de la legítima, consiste en deducir, detraer o restar el monto del pasivo dejado por el causante (determinado en la primera parte de la operación), del monto del activo hereditario (determinado en la primera operación), a los efectos de obtener el monto del activo hereditario *neto*.

En efecto, como el legitimario es *heredero* del causante (*supra*, nº 46, 1), si bien tiene derecho –como mínimo– a determinada cuota del activo patrimonial del *de cujus*, tiene también que soportar igual cuota del pasivo de la persona a quien sucede. De ahí que a los efectos del cálculo de la legítima no se tome simplemente en cuenta el activo hereditario bruto, sino el activo hereditario neto.

3. *Determinación del monto de las donaciones y su agregación ficticia al activo neto.*

La tercera de las operaciones relativas al cálculo de la legítima, también comprende dos partes: la determinación del monto de las donaciones efectuadas por el causante en los últimos años de su vida y su adición al monto del activo hereditario neto (desde luego, si el *de cujus* no efectuó donación alguna durante los últimos años de su vida, esta tercera operación del cálculo de la legítima, no tiene lugar).

A. En cuanto a la primera parte de la operación en comentario (es decir, la determinación del monto de las donaciones efectuadas en vida por el causante), es preciso

43 Sin perjuicio de lo antes dicho, en materia *fiscal* y a los solos efectos del cálculo y liquidación del impuesto sucesoral respectivo, se considera que son partidas del pasivo de la herencia, además de las deudas del causante: los gastos de traslado del cadáver al lugar de inhumación y los de su embalsamamiento, exequias y entierro; los gastos de apertura de testamento; y los gastos de inventario, avalúo y declaración de la herencia (art. 25 LIS) (*infra*, nº 164).

establecer, de un lado, cuáles son las liberalidades hechas por el *de cujus* que deben tomarse en cuenta para el cálculo de la legítima; y, de otro, qué valor debe atribuirse, a tales efectos, a los bienes donados.

a) La ley venezolana establece que las gratuidades que deben tomarse en cuenta para esta operación, son única y exclusivamente las que haya efectuado el *de cujus* en los *últimos diez años de su vida.*

Se trata de una regla típica y autóctona de nuestra legislación, introducida en el CC de 1916, a proposición del Dr. Pedro M. Arcaya. En la generalidad de las legislaciones extranjeras, el cálculo se hace tomando en cuenta *todas* las donaciones efectuadas por el causante durante su vida[44]; lo mismo sucedía entre nosotros durante la vigencia de los CC anteriores al de 1916.

El criterio del Dr. Arcaya –que consideramos plenamente justificado y que, por ende, compartimos– se basaba fundamentalmente en los gravísimos inconvenientes socioeconómicos y en la inseguridad jurídica resultante de los sistemas legales que –a los efectos del cálculo de la legítima– toman en cuenta todas las donaciones llevadas a cabo por el *de cujus* en el transcurso de su vida, por más antiguas que sean, toda vez que ello –a su vez– implica el riesgo de reducción de todas esas liberalidades y la consecuencia de que queden sin efecto las enajenaciones y los gravámenes llevados a cabo *medio tempore* sobre los bienes donados, por el donatario y sus causahabientes (*infra*, n° 55, 5)[45]. A ello podemos agregar que lo que se pretende con la tercera de las operaciones concernientes al cálculo de la legítima, es evitar que el causante decida eludir, por vía de donaciones, la prohibición de disponer gratuitamente de más de la porción disponible de su patrimonio, en perjuicio de sus legitimarios. Ahora bien, ese ánimo nocivo puede perfectamente explicar las donaciones hechas por el *de cujus* en los últimos años de su existencia, cuando piensa que le queda poco de vida; pero si se trata de gratuidades llevadas a cabo con mucha anterioridad, es evidente que mal pudieron haber sido concebidas con el propósito de afectar a los legitimarios, ya que el propio causante resulta ser el principal perjudicado por ellas[46].

En principio, *todas* las donaciones propiamente dichas, efectuadas por el causante durante los últimos diez años de su vida deben ser tomadas en cuenta a los efectos

---

44 Al respecto, *cfr.*: art. 922 CC belga; art. 922 CC francés; art. 556 CC italiano vigente (art. 822 CC italiano de 1865); etc. Empero, algunas legislaciones extranjeras sólo toman en cuenta las donaciones efectuadas por el causante a sus mismos herederos legitimarios o a algunos de ellos; así: art. 3.602 CC argentino, que remite al art. 3.477 *ejusdem*; art. 1.722 CC brasilero; art. 818 CC español; etc.

45 Al respecto, *cfr.* Pietri, *op. cit.*, pp. 290-291, en nota.

46 Debe, sin embargo, advertirse que la limitación de las referidas reglas sobre el cálculo de la legítima, a sólo las donaciones efectuadas por el causante en los últimos diez años de su vida –a pesar de su evidente conveniencia– determina una serie de complicaciones adicionales en materias ya de por sí complejas, como más adelante tendremos oportunidad de señalar (*infra*, nos. 50, c y 51).

de esta operación del cálculo de la legítima, indiferentemente de que sus beneficiarios sean los mismos legitimarios, o los demás herederos (o algunos de éstos), o los legatarios (o algunos de ellos), o terceras personas. En consecuencia, a tales fines, se incluye: i) no sólo las donaciones formales propiamente dichas, sino también los llamados dones manuales (que se cumplen sin solemnidad alguna) y las donaciones simuladas como actos onerosos (y, en todo caso, sin hacer diferenciación alguna entre donaciones efectuadas con o sin dispensa de colación); ii) las donaciones efectuadas con ocasión de matrimonio y las constituciones de dote; iii) las donaciones indirectas (*v.gr.*: pagos en descargo de terceros; remisiones de deudas; etc.); iv) las ventajas indirectas derivadas de contratos onerosos celebrados por el causante (*v. gr.*: diferencia entre el precio real de mercado y el precio estipulado en una venta, cuando el último es clara y sustancialmente inferior al primero); v) las primas pagadas por el *de cujus* en relación con pólizas sobre su propia vida, contratadas por el causante en beneficio de otras personas (pero no el monto del capital o de la indemnización prevista en el contrato, pues su pago por el asegurador al beneficiario no constituye gratuidad alguna del *de cujus*); etc.

En cambio, no debe considerarse como donaciones, a los efectos del cálculo de la legítima (por aplicación analógica de la regla del art. 1.091 CC, relativa a erogaciones no colacionables), los gastos de manutención, de vestido, de curación, de educación, de instrucción o de celebración de festividades familiares (bautizos, primeras comuniones, cumpleaños, graduaciones, matrimonios, etc.), ni los regalos normales de costumbre; pues la mayor parte de todos ellos obedece más bien al cumplimiento de obligaciones legales o familiares y el resto, a expensas en las cuales resulta difícil distinguir si tienen por objeto la satisfacción del homenajeado o más bien la del propio homenajeante.

b) Sabiendo ya cuáles son las donaciones hechas por el causante que deben ser tomadas en consideración para el cálculo de la legítima, procede indicar el criterio que ha de seguirse para el avalúo de los bienes objeto de tales gratuidades. A tales efectos, en teoría, existen cuando menos tres sistemas diferentes: reconocer a tales bienes el mismo valor asignado a ellos por el donante, cuando efectuó la liberalidad; darles su valor real de mercado, para la fecha de la respectiva donación; o asignarles su valor real de mercado, para la fecha de apertura de la sucesión.

A fin de evitar cualquier duda al respecto, el ap. del art. 889 CC consagra las reglas que deben aplicarse sobre el particular: "Cuando se trate de cosas de consumo o de cosas fungibles, el valor se determina por el que tuvieron en la época de la donación. En los demás casos de muebles y en todos los de inmuebles, se les da el valor que habrían tenido en la época de la muerte del testador, según el estado que tenían cuando fueron donados".

En esencia, lo que dichas reglas persiguen, es dar a los bienes donados –en el procedimiento del cálculo de la legítima– un valor aproximadamente igual al que

tendrían si ellos se encontraran aún en el patrimonio dejado por el causantedonador. Y, desde luego, ellas deben aplicarse en cada caso, tomando en cuenta los dictados de la lógica y de la equidad.

i) Sin pretender entrar en la problemática derivada de la clasificación de los bienes, particularmente de los muebles, nos limitaremos aquí a señalar que la doctrina jurídica califica como cosa "de consumo" o "consumible", la que desaparece, se extingue o se transforma con el primer uso: el dinero, los combustibles, los comestibles, etc.; y considera como cosa "fungible", la que simplemente corresponde a un género, ordinariamente ilimitado y que, por consiguiente, sólo puede determinarse por su medida y calidad, pero no individualmente: el dinero, los productos agrícolas, los animales, los utensilios y herramientas en general, etc.[47].

Desde luego, existen cosas que si bien parecen ser de naturaleza fungible, no lo son en realidad: tal sería por ejemplo, el caso de un caballo de carreras, de una edad específica y con determinado *pedigree*; o el de un bien mueble cualquiera, que corresponda a la calificación de pieza de colección; etc.

Establece la norma legal que ahora nos ocupa, que cuando el objeto de la donación es un *bien de consumo* o una *cosa fungible*, se le debe dar –a los efectos del cálculo de la legítima– el valor real o de mercado que tenía para la fecha de la donación, sin más consideraciones. Ello significa que en tales casos no se toma en cuenta el valor que le asignó el donante (que puede ser inferior al valor real de mercado para la época de la donación, sobre todo por motivaciones de índole fiscal); ni el valor real de mercado que dicho objeto tiene para la fecha de apertura de la sucesión (que debe ser nulo o inferior a su valor real de mercado para la fecha de la donación, dado que el bien en cuestión, por hipótesis ha desaparecido o se encuentra desgastado por el uso y el transcurso del tiempo); como tampoco, tratándose de sumas de dinero, la diferencia de su valor adquisitivo en la fecha de la apertura de la sucesión del donante, respecto del que tenía para la época de la donación.

ii) En cambio, cuando el objeto de la donación es un *bien mueble que no sea de consumo ni fungible* (*v.gr.*: una pintura, una escultura, acciones de una determinada compañía anónima, una pieza de colección, etc.) o un *inmueble*, se le debe asignar el valor que tenga para la fecha de la apertura de la sucesión, pero de acuerdo con el estado que tenía para la época de la donación. Esto quiere decir que en tales casos tampoco se toma en cuenta el valor fijado o declarado por el donante (que, como antes señalamos, suele ser inferior al valor de mercado para la fecha de la donación); ni tampoco su valor real de mercado para el momento de la donación (que puede ser mayor o menor que el valor de mercado del bien en cuestión, para la fecha de la apertura de la sucesión, de acuerdo con las circunstancias).

47 Al respecto, *cfr.*: Planiol & Ripert, *op.cit.*, T. III, nos. 56 y 58, pp. 62-63; De Page, *op. cit.*, T. V, nos. 544 y 546, pp. 530-532; Messineo, *op. cit*, T. II, nº 27, pp. 275-277; Castán Tobeñas, *op. cit.*, T. I., Vol. II, pp. 410-412; M.S. Egaña, *Bienes y Derechos Reales*, Criterio, Caracas, 1964, pp. 57-62; G. Kummerow, *Bienes y Derechos Reales*, UCV, Caracas, 1965, nº 12, pp. 48-52; etc.

En este segundo caso el valor que corresponde al bien donado, como dijimos, es el que tenga para la fecha de la muerte del causante, pero fijado en base al estado que tenía para el momento de la donación. Aclaremos lo dicho con algunos ejemplos.

El causante donó un terreno sin construir, que tenía valor de mercado de 100, para la época de la donación; luego el donatario construyó allí una casa, cuyo costo fue de otros 100. Para la fecha de la apertura de la sucesión del donante, el inmueble en referencia vale 500, de los cuales 200 corresponden al terreno y 300 a la casa. A los efectos del cálculo de la legítima, dicho inmueble debe avaluarse en 200, que es el valor del terreno donado, para la fecha de la muerte del *de cujus*, sin tomar en cuenta el valor de la casa construida en él.

El causante donó un brazalete de oro cuyo valor de mercado, para entonces, era de 50; el donatario le hizo luego engastar piedras preciosas por un valor de otros 50. Para la fecha de apertura de la sucesión de donante, dicho brazalete tiene en el mercado valor de 200, del cual 100 corresponden a las piedras preciosas: la cantidad por la cual debe justipreciarse la donación, para los efectos del cálculo de la legítima, es de 100, que es el valor real de brazalete –sin las piedras– para el momento de la muerte del donante[48].

B. La segunda parte de esta tercera operación del cálculo de la legítima, consiste en la suma o agregación ficticia del valor total de las donaciones efectuadas por el *de cujus* en los diez últimos años de su vida, al activo hereditario neto que ha resultado de la segunda de las operaciones relativas a dicho cálculo.

Al respecto debemos hacer algunas observaciones.

El art. 889 CC señala que la suma o agregación en referencia, es simplemente *ficticia*, con lo cual quiere decir que se trata de una mera operación aritmética o de cálculo, ya que –al menos para cuando la misma se lleva a cabo– los bienes donados continúan en el patrimonio de los respectivos donatarios (o de los sucesores de éstos) y no pasan en realidad a formar parte del patrimonio hereditario (como por el contrario sí sucede en el caso de la colación: arts. 1.083 y 1.097 CC; *infra*, nos. 141 y 148 a 148-B).

Por otra parte, la agregación ficticia que aludimos, se hace precisamente *después* –y no antes– de haber rebajado el pasivo dejado por el causante, del monto del activo hereditario. Conviene aclarar con un ejemplo lo que acabamos de decir.

---

48 A los efectos de la determinación del valor de los bienes donados, en lo relativo al cálculo de la legítima, no todas las legislaciones adoptan el mismo sistema. Así, en Italia, las reglas respectivas son bastante parecidas, aunque no idénticas a las nuestras (arts. 747-750 CC, a las cuales remite el art. 556 *ejusdem*). En cambio en Francia, los bienes donados, sean inmuebles o muebles, se estiman siempre de acuerdo con su estado para la época de la donación y su valor para la fecha de la muerte del donante; pero si dichos bienes hubieren sido enajenados por el donatario, se toma en cuenta su valor para le época de la enajenación, a menos que el donatario haya invertido su precio en otra adquisición, pues en tal caso lo que se considera es el valor que tenga dicha nueva adquisición, para la fecha de la apertura de la sucesión del donante (art. 922 CC).

El causante deja un activo de 100, un pasivo de 120 y había hecho donaciones por 100 en los últimos diez años de su vida. De acuerdo con lo antes expuesto, el patrimonio sobre el cual debe calcularse la legítima, se determina con los siguientes pasos: a) 100 (activo bruto) 120 (pasivo) = 0 (activo neto); y b) 0 (activo neto) + 100 (donaciones) = *100* (masa o patrimonio hereditario a los efectos de la legítima). El resultado de la operación sería diferente –y equivocado– si la agregación ficticia de las donaciones se hiciera al activo hereditario bruto (antes de deducir de éste, el pasivo): 100 (activo bruto) + 100 (donaciones) 120 (pasivo) = 80.

4. *Cálculo propiamente dicho de la legítima.*

Sobre el resultado de las tres operaciones antes indicadas, se calcula o determina la legítima de acuerdo con la disposición del art. 884 CC, la cual indica que la misma equivale a *la mitad* de lo que a los respectivos herederos forzosos hubiera correspondido en la sucesión intestada del causante, es decir, si éste no hubiere dejado testamento (*supra*, nº 48). De manera pues, que la porción indisponible de la herencia –que en nuestro sistema legal es siempre la mitad de la misma– se establece sobre el resultado de las tres operaciones de cálculo señaladas en el art. 889 CC y no simplemente sobre el patrimonio del *de cujus* para la fecha de su muerte.Utilizaremos un ejemplo para cerrar este punto. El causante deja, como únicos herederos legitimarios, al cónyuge (AA) y a dos hijos (BB y DD); el activo hereditario bruto es de 500, el pasivo es de 100 y el de las donaciones hechas por el *de cujus* en los últimos diez años de su vida es de 200. Las operaciones del cálculo de la legítima, en dicho caso, son: a) 500 (activo bruto) 100 (pasivo) = 400 (activo neto); y b) 400 (activo neto) + 200 (donaciones) = 600 (masa o patrimonio hereditario a los efectos de la legítima). Si la sucesión fuera intestada, los 600 corresponderían íntegramente a AA, BB y DD por partes iguales, o sea, a razón de 200 para cada uno (art. 824 CC). En consecuencia, la porción indisponible de la herencia es de 300 (la mitad de 600); y la legítima de AA, de BB y de DD, es de 100 (la mitad de 200), para cada uno.

## 49-A. El art. 886 CC

El texto del art. 886 CC, que figura en la materia de la legítima, es el siguiente: "El valor en plena propiedad de los bienes enajenados en provecho de un legitimario, a fondo perdido o con reserva de usufructo, se imputará a la porción disponible y el excedente se colacionará en la masa. La colación y la imputación referidas no pueden pedirse sino por los legitimarios que no hayan dado su consentimiento a la enajenación"[49].

49 La norma apareció entre nosotros con el CC de 1873 (art. 753) y desde entonces subsiste en en nuestra legislación: art. 759 CC de 1880; art. 780 CC de 1896; art. 786 CC de 1904; art. 873 CC de 1916 y de 1922.
La disposición en referencia fue copiada del Código Napoleón (art. 918), de donde igualmente la tomaron, entre otros, el CC de Bélgica (art. 918) y el CC italiano de 1865 (art. 811); pero no figura en el vigente CC de Italia.

Al referirse a la norma equivalente en el CC belga, el Profesor De Page expresa: "Los juristas duchos en su disciplina, siempre aconsejan a quienes –estudiantes o practicantes– quieren penetrar el significado exacto de un texto, leerlo en primer lugar con mucha atención, sopesando todas sus palabras. Pero aquí podemos decir, con toda franqueza, que ello sería tiempo perdido. El art. 918 [CC belga] se mantiene absolutamente hermético para quien no haya efectuado previamente un estudio profundo del mismo"[50].

Atendiendo, pues, la recomendación de tan distinguido maestro, procedamos a escudriñar el sentido de la copiada disposición legal.

1. A tales fines hemos de comenzar por precisar cuáles son los actos o negocios jurídicos a que se refiere el art. 886 CC. Su texto indica que son dos: las enajenaciones a fondo perdido y las enajenaciones con reserva de usufructo.

i) Se entiende por enajenación a *fondo perdido*, el acto a título oneroso mediante el cual se dispone de la titularidad de un bien o de un derecho en general, siendo la contrapartida a cargo del adquirente una prestación periódica suya, en favor del enajenante, que se extingue a la muerte de éste. Tal prestación puede tener por objeto una obligación de dar (*v.gr.*: una renta vitalicia) o de hacer (*v.gr.*: alojar, alimentar).

En este tipo de operación, precisamente porque el adquirente no paga al enajenante el precio propiamente dicho (capital o contravalor en numerario) del bien o del derecho objeto de la enajenación, la prestación periódica a cargo del primero y en favor del segundo –sustitutiva de ese precio– suele ser notablemente superior a la rentabilidad del bien en cuestión o de su contravalor en dinero. Por ejemplo: AA es propietario de un inmueble cuyo valor de mercado es de 1.000 y cuya rentabilidad mensual es de 8; supongamos también que la rentabilidad mensual de 1.000, en dinero en efectivo, sea de 10. AA conviene en enajenar dicho inmueble en favor de BB, a cambio de lo cual este último se obliga a pagar a aquél una renta mensual vitalicia de 20.

ii) Se entiende por enajenación con *reserva de usufructo*, el acto mediante el cual se dispone únicamente de la nuda propiedad de un bien o de un derecho en general, razón por la cual el enajenante conserva en su patrimonio, mientras viva, el usufructo de ese bien o derecho.

En términos generales, una enajenación con reserva de usufructo puede ser a título oneroso o a título gratuito; sin embargo, aquéllas a las cuales alude el art. 886 CC, son únicamente las que tienen apariencia de actos onerosos (el por qué de esto último, quedará aclarado poco más adelante).

---

50 De Page, *op. cit.*, T. VIII-2, nº 1456, p. 1599 (paréntesis nuestro).

2. Precisamente en razón de que los actos a los cuales se refiere el art. 886 CC –enajenaciones a fondo perdido o con reserva de usufructo– son, al menos en hipótesis, a título oneroso, no podrían ser tomados en consideración alguna a los efectos del cálculo de la legítima de los herederos forzosos del enajenante, en base a las ya estudiadas previsiones del art. 889 CC (*supra*, nº 49). En efecto, la última disposición citada prevé que a esos fines únicamente debe tenerse en cuenta el activo neto hereditario, al cual se han de sumar ficticiamente las donaciones llevadas a cabo por el *de cujus* en los últimos diez años de su vida, pero sin tomar para nada en cuenta sus enajenaciones a título oneroso, puesto que –por una parte– la contrapartida o precio de las mismas debe figurar en el activo hereditario y –además– no es finalidad de la legítima proteger a los legitimarios de las eventuales pérdidas que sufra el causante en sus negocios y actividades económicas, sino –única y exclusivamente– de sus excesivas liberalidades [*supra*, nº 43, en nota (1)].

Empero, no resulta desapercibido para el legislador que tanto las enajenaciones a fondo perdido, como las que se llevan a cabo con reserva de usufructo, suelen prestarse extraordinariamente bien para disfrazar actos que en realidad son gratuidades, fundamentalmente por la circunstancia de que el enajenante, mientras vive, no sufre en carne propia los efectos de las mismas.

En efecto, aunque el monto de la pensión vitalicia estipulada como contraprestación de una enajenación a fondo perdido, sea sustancialmente alta en comparación con la rentabilidad del bien enajenado (o con la del precio que podría obtenerse con su venta), de efectuarse esa operación poco antes del fallecimiento del enajenante habría bastante seguridad de que tal contrapartida resultará, en definitiva, insignificante. Y si se trata de enajenación con reserva de usufructo, es muy fácil para el enajenante aparentar que recibió el pago del precio de la nuda propiedad, aunque de hecho ello no haya sucedido (y podría resultar difícil para el legitimario, comprobar que no hubo tal pago).

3. En base de las consideraciones precedentes, el párrafo principal del art. 886 CC, establece dos presunciones *juris et de jure*: a) que cuando el causante ha efectuado enajenaciones a fondo perdido o con reserva de usufructo y el adquirente de ellas es un legitimario, debe considerarse que se trata de *actos a título gratuito*, aunque aparezcan como onerosos (donaciones simuladas)[51]; y b) que las donaciones en cuestión deben considerarse *dispensadas de colación*.

---

51 De manera análoga, el num. 5 del art. 18 LIS también establece la presunción *juris et de jure* –pero sólo a los correspondientes efectos fiscales– de que continúan formando parte del patrimonio del *de cujus*, los bienes enajenados por éste a sus mismos herederos (o a personas interpuestas de ellos), a título oneroso y con reserva de usufructo, durante los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha de su muerte.

Lo que acabamos de exponer amerita ciertas aclaraciones.

La primera de dichas presunciones (*presunción de gratuidad*) determina, como consecuencia obligada, que el valor de los bienes enajenados por el causante a favor de cualquier legitimario suyo, a fondo perdido o con reserva de usufructo –aunque aparezcan como negocios onerosos– sí debe ser tomado en cuenta en la tercera de las operaciones consagradas por el art. 889 CC, concernientes al cálculo de la legítima (determinación del monto de las donaciones y su agregación ficticia al activo hereditario neto) (*supra*, nº 49, 3); a cuyo efecto deben seguirse las mismas reglas señaladas en el ap. de dicho art. 889 CC (*supra*, nº 49, 3, A, b).

Por otra parte, como en la legislación venezolana –a los efectos de dicha tercera operación– únicamente deben ser tomadas en cuenta las donaciones llevadas a cabo por el causante durante los últimos diez años de su vida (art. 889 CC) (*supra*, nº 49, 3, A, a), es obvio –aunque nada diga al respecto el art. 886 CC– que las enajenaciones a fondo perdido o con reserva de usufructo efectuadas por aquél con anterioridad a dichos últimos diez años, tampoco han de ser consideradas para el cálculo de la legítima.

La presunción en referencia es absoluta y, precisamente por ello, no admite –en principio– análisis alguno en los casos concretos, sobre si en realidad determinada enajenación a fondo perdido o con reserva de usufructo, fue verdaderamente un acto a título gratuito o si de hecho se trató más bien de una operación onerosa. Empero, también ha pensado el legislador que ciertamente podría acontecer, de hecho, que el causante deseara sinceramente concretar y celebrar una verdadera enajenación a fondo perdido o con reserva de usufructo; y que en ese caso, realmente podría resultarle más beneficioso llevarla a cabo con uno de sus legitimarios (y no con un tercero extraño), ya que –precisamente por la vinculación familiar que existe entre ambos– es perfectamente posible y probable que el legitimario esté dispuesto a aceptar condiciones más favorables para el enajenante. Entonces, a los fines de hacer posible una negociación de ese tipo sin que la misma deba luego presumirse como acto gratuito, el ap. de dicho art. 886 CC establece –y ése es su sentido y significado– una excepción a la regla general que figura en su párrafo principal: la presunción de gratuidad, en referencia, no funciona en favor de los legitimarios del causante que hayan dado su consentimiento a la correspondiente enajenación a fondo perdido o con reserva de usufructo. De manera que, en el caso excepcional que ahora aludimos, basta que el causante solicite y obtenga de los otros legitimarios su consentimiento en la operación, para que ésta deba considerarse negocio oneroso y, por consiguiente, sin relevancia ulterior para el cálculo de la legítima[52].

---

52 *Inst.*: JTR, Vol. XIV, pp. 887-889.-La doctrina en general ve a la vez, en la comentada regla del ap. del art. 886 CC, una excepción a la prohibición de pactos sobre sucesión futura; al respecto, *cfr.*: Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. VIII, nº 75, *in fine;* Polacco, *op. cit.*, T. I, p. 580; Planiol & Ripert, *op. cit.*, T. V, nº 71, p. 78; De Page, *op. cit.*, T. VIII-2, nº 1462, pp. 1571-1572; etc. A nuestro modo de ver, se trata más bien de la preconstitución obligatoria de la prueba de la sinceridad del acto (como oneroso), que de un caso particular de pacto sobre sucesión futura autorizado por la ley.

Si existen varios legitimarios y sólo algunos de ellos dan el consentimiento en referencia, será necesario efectuar dos cálculos de la legítima cuando se abra la sucesión del causante: uno para los legitimarios que hayan consentido en la aludida enajenación a fondo perdido o con reserva de usufructo, en la cual ésta no se toma en cuenta para nada; y otra para los legitimarios que no consintieron en ella, tomando en cuenta el valor de los bienes enajenados, como si se tratara de donaciones, a los efectos de su agregación ficticia al activo hereditario neto.

En caso de que un legitimario que haya dado su consentimiento a la operación, falleciere antes de la apertura de la sucesión del causante, los representantes de aquél no pueden pretender que la enajenación a fondo perdido o con reserva de usufructo deba presumirse –frente a ellos– como donación, ya que no consintieron en la misma; puesto que dichos representantes no tienen en la sucesión sino los mismos derechos que habrían correspondido a su representado (art. 814 CC)[53].

4. La segunda de las presunciones que establece el párrafo principal del art. 886 CC (*presunción de dispensa de colación*), no tiene relación alguna con la materia de la legítima –que ahora nos ocupa–, sino que concierne a las operaciones de colación de donaciones que tienen lugar con motivo de la partición de la herencia (arts. 1.083-1.107 CC) y que estudiaremos ulteriormente (*infra*, n° 147-A).

5. Las aludidas dos presunciones consagradas en dicho párrafo principal del art. 886 CC, únicamente pueden ser invocadas por los propios legitimarios (y por sus herederos), toda vez que sólo a ellos trata de proteger el legislador. Por lo demás, como poco antes hemos indicado, no todos los legitimarios pueden hacerlas valer, sino sólo aquellos que no hubieren dado su consentimiento a la correspondiente enajenación a fondo perdido o con reserva de usufructo.

Desde luego, también pueden invocarlos –a través de la acción oblícua (art. 1.278 CC)– los acreedores de los legitimarios a quienes las mismas favorecen, puesto que no se trata de derechos personalísimos exclusivamente inherentes a dichos herederos.

6. De todo lo antes expuesto resulta no sólo que la redacción del art. 886 CC es sumamente deficiente –por confusa– sino que además la norma en cuestión está incorrectamente ubicada, pues en realidad debería figurar a continuación de las previsiones contenidas en el art. 889 CC, ya que también concierne y se refiere al cálculo de la legítima.

Para finalizar este estudio del art. 886 CC cabe hacer notar que el mismo constituye una clarísima muestra de que las confusiones que con frecuencia encontramos tanto en la doctrina como en la jurisprudencia y, más aún, entre los estudiantes y estudiosos del Derecho, en cuanto al concepto, alcance y significado de "lesión de la legítima", de "reducción de disposiciones testamentarias", de "reducción de donaciones", de

53 En el mismo sentido, *cfr.*: Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. VIII, n° 75, p. 181; Ricci, *op. cit.*, T. VIII, n° 312, p. 377; etc.

"imputación de donaciones" y de "colación de donaciones", derivan en esencia de la falta de precisión con la cual el propio legislador utiliza y maneja esos términos; y de la pésima redacción de ciertas disposiciones legales –como la referida– lo cual, a su vez, denota poca claridad en las ideas[54].

## 50. La imputación de gratuidades

La segunda acepción de la palabra *imputar*, de acuerdo con el *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia, es: "señalar la aplicación o inversión de una cantidad, sea al entregarla, sea al tomar razón de ella en cuenta".

El CC, por su parte, utiliza las palabras *imputar* o *imputación*, con dos sentidos o significados totalmente distintos, aunque ambos corresponden, en una u otra forma, al transcrito concepto de la Real Academia.

En efecto, en una serie de disposiciones, imputar e imputación significan una manera de dar cumplimiento a la obligación de colacionar las donaciones recibidas del causante por el hijo y heredero de éste, que concurre con otros hijos de la misma persona (hermanos del donatario) y que consiste en tomar en cuenta el valor del bien donado, a los efectos de establecer la cuota o porción de ese heredero-donatario; así sucede en los arts. 886 (que acabamos de estudiar), 1.097-1.099 y 1.106 CC. En las referidas normas, pues, la imputación corresponde a una de las operaciones que deben llevarse a cabo con motivo de la división o partición de la herencia (*infra*, nos. 148 a 148-B).

En cambio, en otras normas del CC, imputar e imputación significan que el heredero legitimario debe tomar en cuenta todas las liberalidades recibidas por él, del causante, tanto por donación como por herencia y por legado, para poder determinar si su legítima está o no realmente lesionada por las demás gratuidades del mismo *de cujus*; así sucede en los arts. 887 y 1.108-1.109 CC. De acuerdo con esas disposiciones, pues, se debe sumar todo lo que el legitimario recibió del causante por donación o por capitulación matrimonial, con lo que recibe del mismo a título de herencia y de legado: y si el total así obtenido es igual o superior al monto de su legítima, ésta debe considerarse debidamente satisfecha.

En el presente Capítulo y en el subsiguiente, que corresponden al estudio de la legítima, obviamente utilizaremos dichas palabras imputar e imputación, exclusivamente con el último de los expresados conceptos.

---

54 Todo lo expuesto en lo tocante a la interpretación del art. 886 CC, corresponde a las ideas admitidas sobre la materia por la doctrina en general; al respecto, *cfr.*: Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. VIII, nos. 54-63 (pp. 128-153) y 67-75 (pp. 160-182); Ricci, *op. cit.*, T. VIII, nos. 287-290 (pp. 331-339) y 306-313 (pp. 365-379); Polacco, *op. cit.*, T. II, pp. 572-584; Planiol & Ripert, *op. cit.*, T. V, nos. 65-73 (pp. 71-80); De Page, *op. cit.*, T. VIII-2, nos. 1456-1465 (pp. 1559-1576); Sanojo, *op. cit.*, T. II, nº 273, pp. 242-244; etc.

El art. 887 CC dispone: "Se imputarán al cónyuge sobre su legítima, además de todo lo que se le haya dejado por testamento, todo cuanto haya adquirido por las capitulaciones matrimoniales y por donación y a los demás legitimarios, todo cuanto hayan recibido en vida el *de cujus* o por testamento del mismo, y que esté sujeto a colación, de acuerdo con lo dispuesto en la Sección IV, Capítulo III de este Título". Y el art. 1.108 CC, agrega: "... el donatario o legatario que tenga derecho a la legítima y que pida la reducción de las liberalidades hechas en favor de un donatario, de un coheredero o de un legatario, aunque sea extraño, como excedente de la porción disponible, debe imputar a su legítima las donaciones y legados que se le hayan hecho..."[55].

Conviene repasar los antecedentes de esas disposiciones, para poder establecer su verdadero alcance.

El origen, en la legislación venezolana, de las normas antes copiadas, está en el CC italiano de 1865. El últ. ap. del art. 820 de ese CC, decía: "Pero el cónyuge, lo mismo que el hijo natural, además de lo que se les haya dejado por testamento, deben imputar a sus respectivas cuotas, el primero, todo lo que le haya correspondido por efecto de las convenciones matrimoniales y el segundo, todo lo que haya recibido en vida del progenitor y esté sujeto a colación, a tenor de las disposiciones contenidas en la Sección IV del Capítulo III de este Título"[56]. Y el texto del art. 1.026 del referido CC italiano de 1865, era exactamente igual al del art. 1.108 CC venezolano vigente.

En los CC venezolanos de 1873 a 1922, ambos inclusive, figura la siguiente previsión (casi igual, pero no idéntica a la del copiado últ. ap. del art. 820 de dicho CC italiano de 1865): "Deben imputarse al cónyuge sobre su legítima, además de lo que se le haya dejado por testamento, todo cuanto haya adquirido por capitulaciones matrimoniales y por las donaciones confirmadas con la muerte del donante, según se expresa en el Título de las donaciones; y al hijo natural, todo cuanto haya recibido en vida del padre o por testamento del mismo"[57]. Dichos CC venezolanos, además, copiaron el texto del art. 1.026 del mismo CC italiano de 1865[58].

---

55 Hemos transcrito la norma del art. 1.108 CC tal como ella realmente es y no como aparece erróneamente copiada en la última versión oficial del CC venezolano [*Gaceta Oficial* N° 2.990 Extraordinario de 16 de julio de 1982: *infra*, n° 141 en nota (1)].

56 La transcrita norma no hace mención alguna a donaciones hechas por el causante a su cónyuge, toda vez que –contrariamente a lo que sucede entre nosotros (art. 1.451 CC)– el CC italiano de 1865 (art. 1.054) prohibía las donaciones entre esposos (regla que se ha mantenido en el art. 781 del CC italiano vigente).

57 Art. 754 CC de 1873; art. 760 CC de 1880; art. 781 CC de 1896; art. 787 CC de 1904; art. 874 CC de 1916 y de 1922.

58 Art. 979 CC de 1873; art. 986 CC de 1880; art. 1.007 CC de 1896; art. 1.013 CC de 1904; art. 1.102 CC de 1916 y de 1922.

De manera, pues, que tanto el referido CC italiano, como también nuestra legislación civil anterior al CC de 1942, establecían –en materia de imputación de liberalidades por parte de los legitimarios– dos regímenes completamente diferentes, según que se tratara, bien del caso del cónyuge y del hijo natural del causante, o ya de la descendencia legítima y los ascendientes del mismo. En efecto, el cónyuge y el hijo natural del *de cujus*, tenían que imputar a su cuota hereditaria, *siempre y en todo caso*, todo cuanto hubieran recibido de él, por acto entre vivos o por acto *mortis causa*; en cambio, cuando se trataba de descendencia legítima o de ascendientes, la imputación sólo debía funcionar *cuando dichos legitimarios pretendían hacer reducir las otras instituciones testamentarias, los legados o las donaciones efectuadas por el causante*, alegando que eran lesivas de su legítima[59].

Ahora bien, el codificador venezolano de 1942 decidió, con toda lógica, razón y justicia, que no sólo el cónyuge y el hijo natural del causante, sino "todos los legitimarios deben [siempre] imputar sobre su legítima cuanto hayan recibido en vida del *de cujus* o por testamento del mismo, y que esté sujeto a colación", a fin de "mantener la integridad de la legítima"[60].

---

59 Creemos conveniente aclarar con algunos ejemplos, las diferentes consecuencias que derivaban del funcionamiento de dichas normas.
Supongamos que la legítima del cónyuge o de un hijo natural del causante, hubiera sido de 100; supongamos igualmente que dicho legitimario sólo hubiese recibido 40 por herencia del causante, pero que éste, además, le hubiere donado 80 en vida: al imputar estos 80 a aquellos 40, se obtiene un total de 120, que no sólo habría cubierto debidamente la legítima, sino que más bien la excedería en 20. En consecuencia, dicho cónyuge o hijo natural, no hubiera podido considerarse lesionado en su legítima, en forma alguna. Pero había más: como el legitimario en referencia habría recibido, en realidad, 20 más de lo que le correspondía por legítima, si en la misma sucesión hubiera habido otros herederos forzosos cuya legítima sí hubiera quedado lesionada, dicho exceso de 20 habría estado afectado por una eventual reducción a los fines de poder completar la legítima de los otros legitimarios afectados.
En cambio, la situación de los descendientes legítimos y de los ascendientes del causante no era igual. Supongamos ahora que se hubiera tratado de un hijo legítimo o de un ascendiente del causante cuya legítima fuese de 200; supongamos igualmente que dicho legitimario sólo hubiera recibido 80 por herencia, pero que el causante le hubiese donado en vida otros 160, de manera que el total de las gratuidades recibidas por él era, en realidad, de 240 (es decir, 40 más de lo que le correspondía por concepto de legítima). Si ese hijo legítimo o descendiente, sin embargo, pretendía sostener que su legítima había sido lesionada, la ley lo obligaba a imputar a lo que recibía del causante por causa de muerte, lo que anteriormente había también recibido de él por donación, de lo cual derivaba que no sólo no podía prosperar su reclamación por defecto de legítima, sino que –adicionalmente– el exceso de 40 que efectivamente había recibido sobre su legítima, quedaba eventualmente sujeto a reducción, en caso de que hubiera otros herederos legitimarios realmente lesionados. Por el contrario, si dicho hijo legítimo o descendiente no reclamaba lesión alguna, entonces no se imputaban a su legítima los 160 que había recibido por donación de causante, motivo por el cual, frente a los demás legitimarios de éste, aparecía como beneficiario de sólo los 80 que recibió por herencia, cantidad ésa que por ser inferior a su legítima (200) no podía resultar afectada por reducción alguna.
(Lo concerniente a la reducción de donaciones y de disposiciones testamentarias lesivas de la legítima, será materia del próximo Capítulo).

60 EMPCC, p. 75 (el paréntesis aclaratorio es nuestro, pero corresponde al sentido de la frase transcrita).

El anterior repaso histórico, nos permite llegar a las siguientes conclusiones:

a) La previsión del art. 1.108 CC concierne a un caso específico de imputación: se trata del legitimario que, al propio tiempo, ha recibido donación o legado del causante y que no obstante, pretende atacar otras liberalidades efectuadas por el *de cujus* a terceras personas, mediante actos entre vivos o *mortis causa*, so pretexto de que lesionan su legítima. Señala dicha norma que, en tales circunstancias, el legitimario en cuestión debe imputar a la cuota patrimonial que recibe a título de herencia, las donaciones y legados que también haya recibido; es decir, tomar en cuenta unas y otras, a los efectos de determinar todo cuanto en realidad ha habido del causante (por actos a título gratuito) y poder entonces precisar si efectivamente las otras liberalidades que él ataca, son verdaderamente lesivas, o no.

La norma en comentario, pues, se explicaba y tenía sentido en el CC italiano de 1865 (art. 1.026) y en la legislación civil venezolana anterior al CC de 1942, por cuanto dichos CC no preveían –como regla general– la imputación de las donaciones recibidas por todos los legitimarios, sino únicamente las efectuadas por el causante a su cónyuge o a sus hijos naturales; de manera que la disposición en referencia, estaba simplemente dirigida a evitar abusos por parte de los legitimarios que, en principio, no sufrían la imputación de las liberalidades recibidas (descendientes legítimos y ascendientes del *de cujus*) y que sin embargo se proponían atacar donaciones o instituciones testamentarias llevadas a cabo por el causante en favor de otras personas.

Ahora bien, como en la actualidad todo legitimario –sea quien fuere– debe imputar a su legítima cuanto haya recibido o reciba del causante a título gratuito, sea por acto entre vivos o *mortis causa*, la regla especial del art. 1.108 CC ha perdido todo sentido, puesto que su contenido se encuentra comprendido en y sobrepasado por el principio general establecido en el art. 887 CC.

b) Aclarado lo anterior, debemos ahora precisar el significado exacto de la referencia que figura en el art. 887 CC, según la cual las liberalidades que los legitimarios deben imputar a su legítima, son sólo las que estarían sujetas a colación.

Para evitar equívocos, comencemos por reiterar que la imputación de que trata dicho art. 887 CC nada tiene que ver con la colación de donaciones (operación –repetimos– relacionada con la partición de la herencia y no con la legítima de los herederos necesarios). La alusión que allí se hace a la colación únicamente tiene por objeto simplificar la redacción de la norma y no tener que incluir, en materia de imputación, reglas iguales o similares a las que figuran en materia de colación.

Sin embargo, dicha referencia a la colación no es del todo feliz ni tiene un alcance absoluto e ilimitado.

Decimos que la referencia en cuestión no es del todo feliz, por lo siguiente: la misma fue tomada del últ. ap. del art. 820 CC italiano de 1865, cuyo texto sí era acertado, puesto que única y exclusivamente se aludía allí a las donaciones sujetas a colación,

recibidas por el *hijo natural* (las cuales ciertamente están sometidas, en principio, a dicha obligación de colacionar). En cambio, en el art. 887 CC venezolano vigente, se quiere hacer referencia a todas las donaciones recibidas del causante por *cualquier legitimario* –sea o no descendiente del *de cujus*– razón por la cual no es correcta la alusión que allí se hace a la colación, puesto que ésta únicamente concierne a donaciones recibidas por los hijos u otros descendientes de la persona de cuya sucesión de trata (art. 1.083 CC) (*infra*, nº 144-B).

De manera que lo que en realidad quiso decir nuestro legislador fue, simplemente, que a los fines de determinar si el heredero forzoso –sea éste descendiente, ascendiente, hijo adoptivo o cónyuge del causante– ha recibido o no íntegramente su porción legítima, no se debe tomar en consideración lo que dicho legitimario hubiere recibido del *de cujus* y que no estaría sometido a colación en el supuesto hipotético de que ese legitimario –a su vez– fuese hijo o ulterior descendiente de la persona fallecida (aunque realmente no se trate de un hijo o ulterior descendiente del causante).

Por otra parte, el sentido y alcance de dicha referencia a donaciones "sujetas a colación", no es absoluto ni ilimitado, como pasamos a explicar.

Hemos visto que durante la vigencia de los CC de 1873, 1880, 1896, 1904, 1916 y 1922, la correspondiente norma equivalente a la del art. 887 CC de 1942, aludía únicamente a la imputación que debían sufrir tanto el *cónyuge* como el *hijo natural* del causante (pero no los demás legitimarios de éste), a los efectos de determinar si habían recibido o no su legítima completa [dichas disposiciones de los CC anteriores, equivalentes a las del art. 887 CC de 1942, son las que se indicaron en la cita (57) del presente Capítulo]; recordemos igualmente que esas reglas de los CC precedentes no hacían referencia alguna a la obligación de colación, ya que la misma sólo aparece en el art. 887 CC de 1942.

En base a la expresada situación legal, la doctrina jurídica venezolana anterior a 1942, concluyó que –dado lo tajante de dicha normativa– a los efectos de precisar si la legítima del hijo natural había quedado debidamente satisfecha, se tenía que tomar en cuenta (es decir, imputar) incluso lo que él hubiera recibido del progenitor por concepto de alimentos o para gastos de educación[61]. Tal criterio prevaleció no obstante su evidente equivocación: en efecto, los alimentos y los gastos de educación del hijo natural, sufragados por su padre o por su madre, no constituyen donaciones en favor de aquél, sino que son la simple consecuencia de las obligaciones que establece el art. 282 CC, que igualmente tenía su equivalente en los CC anteriores[62].

61 En este sentido, *cfr.*: Sanojo, *op. cit.*, T. II, nº 274, p. 244; Dominici, *op. cit.*, T. II, p. 124; Farrera, *op. cit.*, nº 209, p. 180.

62 Art. 255 CC de 1873; art. 263 CC de 1880; art. 262 CC de 1896; art. 268 CC de 1904; art. 308 CC de 1916 y de 1922.

De ahí que, fundamentalmente con el propósito y la intención de corregir y dejar sin efecto ese errado criterio doctrinal, se incluyó en el art. 887 CC de 1942, la indicación de que las donaciones imputables a la legítima eran únicamente las que, de ser el caso, estarían sujetas a colación, "de acuerdo con lo dispuesto en la Sección IV, Capítulo III de este Título", ya que el art. 1.091 CC (que figura en dicha Sección), dice así: "No se debe traer a colación los gastos de manutención, curación, educación, instrucción, ni los ordinarios por vestido, matrimonio y regalos de costumbre"[63].

En todo caso, la previsión en referencia del art. 887 CC, era además innecesaria, puesto que viene a constituir una repetición de la norma del art. 1.109 CC, según la cual debe considerarse que no están sujetas a imputación las liberalidades que, por disposición legal, estuvieren exentas de colación.

De manera, pues, que no son únicamente los aludidos gastos y regalos de costumbre, las únicas erogaciones del causante en favor del legitimario que no están sujetas a imputación sobre la porción legítima de éste; tampoco lo están las siguientes (que igualmente figuran en dicha Sección IV, Capítulo III del Título II): la dote constituida sin garantía (parte final del art. 1.089 CC); las ganancias obtenidas del causante, sin ventajas directas ni indirectas (arts. 1.092-1.093 CC); las donaciones de bienes que han perecido por caso fortuito y sin culpa del donatario (art. 1.094 CC); los frutos e intereses de los bienes donados, producidos o devengados antes de la apertura de a sucesión (art. 1.095 CC); y las enajenaciones a fondo perdido o con reserva de usufructo, efectuadas por el causante con el consentimiento de los otros legitimarios (art. 886 CC). Al tratar sobre la colación de donaciones, analizaremos con más detalles lo que acabamos de exponer (*infra*, nº 147-A).

Pero en cambio, es evidente que si bien el art. 1.090 CC libera de colación a todo cuanto el obligado a ella recibe por testamento del causante (salvo voluntad en contrario del testador), tales gratuidades *no están exentas de imputación*, ya que de lo contrario no existiría para los legitimarios, garantía alguna de recibir su porción legítima completa[64].

c) En relación con el tema que tratamos, nos queda aún un punto pendiente: cuáles son las gratuidades a tomarse en cuenta a los efectos de su imputación a la porción legítima y cuál es el valor que debe atribuirse a cada una de ellas.

Al respecto cabe, primeramente, preguntar: ¿Todas las liberalidades recibidas por el legitimario en vida del causante deben imputarse a su porción legítima? ¿O más bien sólo aquéllas que se efectuaron durante los diez últimos años de la vida

63 Recuérdese, por lo demás, que los gastos del causante aludidos en dicho art. 1.091 CC, aunque hayan sido efectuados por él durante los últimos diez años de su vida, no se consideran donaciones que deban ser objeto de agregación ficticia al activo hereditario neto, para el cálculo de la legítima de los herederos legitimarios (tercera de las operaciones concernientes a dicho cálculo) (*supra*, nº 49, 3).

64 En el mismo sentido, *cfr.*: De Ruggiero, *op. cit.*, T. II, Vol. II, p. 403; Polacco, *op. cit.*, T. II, p. 425; Messineo, *op. cit.*, T. VII, nº 191, p. 219.

del *de cujus*, que son –precisamente– las que se toman en cuenta para el cálculo de la legítima? La ley calla al respecto.

A nuestro modo de ver, la imputación en referencia debe comprender *todas* las gratuidades efectuadas por el causante al legitimario, sea cual fuere la fecha de las mismas, puesto que el art. 887 CC no establece al respecto limitación alguna, basada en su mayor o menor antigüedad (como en cambio sí la consagra el art. 889 *ejusdem*, en relación con la tercera operación del cálculo de la legítima). De manera que la referida imputación debe hacerse aunque la donación a que la misma se refiere no haya sido tomada en cuenta a los efectos del correspondiente cálculo de la porción legítima (en razón de haberse efectuado con anterioridad a los últimos diez años de la vida del causante).

Por lo demás, al respecto deben tomarse en cuenta tanto las donaciones formales (las que constan en documento público), como también los dones manuales y las simuladas como actos onerosos; la dote constituida en favor del legitimario; las donaciones indirectas (pagos en descargo del legitimario, remisiones de deudas del legitimario, etc.); las ventajas indirectas concedidas por el causante al legitimario (ventas efectuadas por precios ostensiblemente menores a los de mercado, etc.); las primas de los seguros sobre su propia vida, contratados por el causante en beneficio del legitimario; etc.

El valor de dichas donaciones debe establecerse en base a los mismos principios que hemos expuesto con anterioridad, para el avalúo de las donaciones que deben agregarse ficticiamente al patrimonio hereditario neto, a los efectos del cálculo de la legítima (ap. del art. 889 y arts. 1.098-1.099 y 1.106 CC) (*supra*, nº 49, 3, b); y tomando, además, en cuenta las siguientes reglas: i) se debe deducir del valor de los bienes donados, cuanto el legitimario o sus causahabientes hayan gastado en el mejoramiento de los mismos y que redunde en su mayor valor (arts. 1.100, 1.103 y 1.106 CC); ii) igualmente se debe deducir de dicho valor, los gastos sufragados por el legitimario para la conservación de los bienes donados, aunque no impliquen aumento del valor de los mismos (arts. 1.101 y 1.106 CC); y iii) se debe incrementar el valor de los bienes donados en el equivalente a la disminución de dicho valor, determinada por el deterioro y la desmejora de tales bienes, que sean imputables al legitimario o a sus causahabientes (arts. 1.102-1.103 y 1.106 CC) (al tratar sobre la colación, volveremos sobre dichas reglas, ya que son también aplicables a ese otro instituto: *infra*, nº 148-C).

## 50-A. La dispensa de imputación

El art. 1.108 CC prevé la posibilidad de que el causante dispense o libere al heredero legitimario, de la obligación de imputar a su porción legítima la totalidad o parte de las liberalidades que aquél haga a éste, por acto entre vivos o por testamento. Por su naturaleza, la dispensa de imputación constituye una liberalidad adicional del causante, en favor del legitimario.

Las reglas a que está sujeta dicha dispensa, pueden resumirse así:

1) La dispensa de imputación puede establecerse en el mismo acto mediante el cual se efectúa la correspondiente liberalidad –donación, institución hereditaria, legado– o por acto posterior separado. En ese último caso, si la dispensa de imputación se refiere a una donación, puede hacerse, ya sea con las formalidades necesarias para llevar a cabo una gratuidad por acto entre vivos, o bien mediante testamento. En cambio, la dispensa de imputación de una institución de herencia o de un legado, sólo podría efectuarse a posteriori, mediante testamento, ya que sólo a través de ese tipo de actos puede modificarse o complementarse un testamento anterior.

2) La dispensa de imputación puede ser total o parcial. Es decir, el causante puede liberar al legitimario de imputar a su legítima la totalidad de una gratuidad cualquiera, hecha por aquél a éste, o bien puede limitarla a sólo una parte del valor de la liberalidad. En caso de que el legitimario sea beneficiario de varias liberalidades, el causante puede dispensarlo de imputación respecto de todas ellas, o de sólo algunas o alguna de las mismas.

3) El efecto de la dispensa de imputación de una gratuidad, consiste en que el valor de la misma no se toma en cuenta a los efectos de la determinación de la porción legítima del respectivo legitimario beneficiario de aquélla. En otras palabras, mediante tal dispensa, el testador deja aclarada su voluntad de que no ha efectuado la liberalidad en cuestión (ya sea que ésta derive de un acto entre vivos o de un acto *mortis causa*), a cuenta de la legítima del beneficiario, sino en adición a la misma.

4) No se permite la dispensa de imputación de una donación, cuando ella afecta o perjudica al beneficiario de otra donación efectuada con anterioridad por el causante (ap. del art. 1.108 CC). Ello quiere decir que la dispensa de dicha imputación no es eficaz cuando implica –como consecuencia– la reducción de otra donación llevada a cabo por el causante antes de aquélla a la cual se refiere la dispensa. Si la aludida dispensa habría de determinar la reducción total de una donación anterior, queda totalmente privada de efectos; y si sólo habría de producir una reducción parcial de la donación anterior, sus efectos se reducen a sólo los que no lleguen a afectar dicha donación precedente.

5) Desde luego, tampoco es válida la dispensa de imputación cuando el resultado final de la misma constituye una lesión de la legítima que corresponde a uno o más de los restantes herederos forzosos[65].

65 Para no incurrir en confusiones, conviene tener en cuenta que, con alguna frecuencia, tanto la ley (*v.gr.*: art. 886 CC) como la doctrina, se refieren a liberalidades efectuadas por el causante a sus legitimarios *que se imputan o deben ser imputadas a la porción de libre disposición de la herencia*. Con ello quieren simplemente decir que se trata de liberalidades dispensadas de imputación; a diferencia de las que se imputan o deben imputarse a la porción indisponible de la herencia, que son las liberalidades que no están libres de esa dispensa.

# CAPÍTULO IX

# LA LEGÍTIMA (CONTINUACIÓN)

51. La Reducción de las Liberalidades por Lesión de la Legítima.- 52. Titularidad del Derecho y de las Acciones de Reducción.- 53. Extinción del Derecho y de las Acciones de Reducción.- 54. Modo de Reducir las Disposiciones Testamentarias lesivas de la Legítima.- 55. Modo de Reducirlas Donaciones lesivas de la Legítima.

## 51. LA REDUCCIÓN DE LAS LIBERALIDADES POR LESIÓN DE LA LEGÍTIMA

Por cuanto la legítima se debe de derecho y en plena propiedad a los herederos forzosos y toda vez que se trata de una institución en la cual está interesada el orden público (*supra*, n° 46, 2, 3 y 5), la ley ha establecido los mecanismos necesarios a fin de que el legitimario que sufra lesión en su derecho, pueda hacer corregir la situación. Tales mecanismos son la *reducción de las disposiciones testamentarias* y la *reducción de las donaciones efectuadas por el causante en los últimos diez años de su vida*, que afectan la legítima de los herederos legitimarios o de cualquiera de ellos.

Al respecto establece el art. 888 CC: "Las disposiciones testamentarias que excedan de la porción disponible, se reducirán a dicha porción en la época en que se abra la sucesión". Y el art. 1.468 *ejusdem*, dice: "Las donaciones de toda especie que una persona haya hecho durante los diez últimos años de su vida, por cualquier causa y en favor de cualquier persona, quedan sujetas a reducción si se reconoce que, en la época de la muerte del donador, excedían de la porción de bienes de que pudo disponer el mismo donador según las reglas establecidas en el Capítulo II, Título II de este libro [Tercero]"[1].

---

1 En realidad y a pesar de su redacción, la norma no se refiere a todo el Capítulo II, Título II, Libro Tercero del CC (arts. 833-992), sino únicamente a las Secciones Cuarta y Quinta de dicho Capítulo (arts. 883-894), que son las correspondientes a la legítima.
Por lo demás, el primer ap. de dicho art. 1.468 CC, dice: "Esta disposición no se aplica a los casos previstos en la Sección Cuarta, Capítulo II, Título II de este Libro". Tal previsión, que alude los arts. 1.083-1.107 CC (concernientes a la colación de donaciones) y a los arts. 1.108-1.109 *ejusdem* (sobre

Como su nombre lo indica, dichos procedimientos de reducción implican y significan la rebaja de las disposiciones de última voluntad y de las donaciones llevadas a cabo por el *de cujus* en los últimos diez años de su vida, hasta su total eliminación –si ello fuere necesario– para trasladar su contenido patrimonial a la porción hereditaria del heredero legitimario, hasta que quede totalmente satisfecho el mínimo que la ley le asigna.

Desde luego, para que pueda hablarse de lesión de la legítima, es indispensable el concurso de todas las siguientes circunstancias: a) que la respectiva sucesión se *haya abierto*, pues los derechos del legitimario sólo surgen cuando el causante fallece y no antes (*supra*, n° 46, 4); b) que el legitimario *haya aceptado* la herencia, por cuanto en nuestro sistema legal no existe la figura del heredero necesario, motivo por el cual aun el legitimario es libre de repudiar la herencia del causante, si así lo desea (*supra*, n° 45); c) que se *haya calculado* la porción legítima de la herencia, con arreglo a la ley, ya que esa cuota debe ser determinada en base a ciertas reglas específicas (*supra*, n° 49); d) que el legitimario *haya imputado* a su cuota todo cuanto recibió del causante, por donación, por capitulación matrimonial o por testamento, puesto que la ley le impone esa obligación (*supra*, n° 50); y e) que después de efectuar todo lo antes dicho, resulte que la porción legítima que corresponde a dicho heredero forzoso *todavía no haya quedado íntegramente satisfecha.*

Ahora bien, la reducción de las disposiciones testamentarias o de las donaciones que lesionan la legítima, no opera de pleno derecho o automáticamente, sino que debe ser solicitada o exigida por el legitimario afectado; y para el caso de que la aludida lesión no sea corregida de manera amistosa por las partes interesadas, la ley otorga al legitimario dos acciones: la de reducción de las disposiciones de última voluntad del causante que afectan la legítima y la de reducción de las donaciones efectuadas por el *de cujus* en los diez últimos años de su vida, lesivas de la porción indisponible de la herencia.

Conviene advertir de una vez, que el legitimario lesionado no tiene, sin embargo, la facultad de dirigir su exigencia de reducción, de manera arbitraria, contra la disposición testamentaria o contra la donación que él prefiera atacar, sino que al respecto el CC establece normas y reglas muy precisas. Más aún, por las razones que luego indicaremos, el legitimario no puede reclamar la reducción de las donaciones efectuadas por el *de cujus* en los últimos diez años de su vida, sino única y exclusivamente cuando después de reducidas a cero todas las disposiciones de última voluntad que afectan la legítima, aun exista lesión de ésta.

---

imputación de donaciones a la cuota del heredero legitimario), es innecesaria y absurda, toda vez que la reducción de las donaciones por lesión de la legítima es un instituto legal completamente diferente tanto de la colación como de la imputación; y pone una vez más en evidencia, la confusión del propio legislador sobre estos temas, lo cual –desde luego– contribuye a dificultar el claro entendimiento de los mismos.

## 52. TITULARIDAD DEL DERECHO Y DE LAS ACCIONES DE REDUCCIÓN

Tanto el derecho como el provecho de hacer reducir las disposiciones testamentarias y las donaciones efectuadas por el *de cujus* en los últimos diez años de su vida, lesivas de la porción indisponible de la herencia –y las acciones respectivas– pertenecen y corresponden exclusivamente a los legitimarios y a los herederos y causahabientes de éstos. Así lo determina expresamente el art. 1.469 CC, por lo que respecta a la reducción de las donaciones, pero es incuestionable que esa regla también se aplica a la reducción de las disposiciones de última voluntad[2].

La razón de ello es obvia: el legislador ha instituido la legítima únicamente en beneficio y provecho de los herederos legitimarios; de ahí que su protección y defensa, como también los resultados de una y otra, corresponden sólo a ellos. Es claro, sin embargo, que si a su vez el legitimario fallece, su heredero adquiere con la herencia del mismo, el derecho y las acciones de reducción; también es evidente que se trata de derechos y acciones que no son de naturaleza personalísima, por lo cual el legitimario puede perfectamente cederlos por acto entre vivos y a sus cesionarios, entonces, igualmente corresponde su ejercicio. Por idéntica razón pueden así mismo exigir la reducción de las disposiciones testamentarias y de las donaciones lesivas de la legítima, los acreedores del legitimario, a través de la acción oblicua (art. 1.278 CC).

En cambio, los otros herederos no legitimarios, los legatarios, los acreedores del *de cujus* y cualquier otra persona diferente del heredero forzoso, no pueden pedir la reducción de las disposiciones testamentarias o de las donaciones en cuestión, ni aprovecharse de tal reducción, precisamente porque la legítima no ha sido instituida en beneficio o en protección de ellos[3].

Ahora bien, el art. 1.040 CC establece: "El heredero a quien se deba la legítima, aunque no haya aceptado la herencia bajo beneficio de inventario, podrá hacer reducir las donaciones y legados hechos a sus coherederos"[4]. Esa norma significa que cuando ha sido lesionada la porción indisponible de la herencia, el legitimario afectado puede exigir de sus *coherederos* la reducción de las donaciones y legados que hayan recibido del causante, como también y por razones obvias (aunque lo calle

---

2 La doctrina es unánime sobre el particular; al respecto, *cfr.*: Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. VIII, nº 49, p. 123; Ricci, *op. cit.*, T. VIII, nº 284, p. 326; Polacco, *op. cit.*, T. I, pp. 587-588; Planiol & Ripert, *op. cit.*, T.V, nº 100, pp. 103-104; De Page, *op. cit.*, T. VIII-2, nos. 1504-1505, pp. 1608-1609; etc.

3 Así lo indica también expresamente, el últ. ap. del art. 1.469 CC, en lo tocante a la reducción de las donaciones, pero es indiscutible que el contenido de la norma se aplica igualmente a la reducción de las disposiciones testamentarias.

4 Esta disposición fue tomado por nuestro legislador del CC italiano de 1865 (art. 972, que corresponde también al párrafo principal del art. 564 del CC italiano vigente). No tiene equivalente en el CC francés, en el CC belga ni en el CC español.

la disposición transcrita), de las instituciones a título universal que los beneficien, independientemente de que dicho heredero necesario haya aceptado la herencia pura y simplemente o bajo beneficio de inventario; en cambio, el legitimario no puede formular tal exigencia a los *extraños* –es decir, a los donatarios y legatarios del *de cujus* que no sean herederos del mismos– sino cuando ha aceptado la herencia en cuestión bajo beneficio de inventario.

La explicación –casi nunca expresada en términos claros– que da al respecto la doctrina, es la siguiente: el legislador desea prevenir y evitar que el legitimario sustraiga, oculte o extravíe parte del patrimonio hereditario y luego trate de obtener la reducción de las donaciones o legados efectuados por su causante, bajo el falso pretexto de que lesionan la porción indisponible de la herencia (toda vez que esa lesión, si la hubiere, más bien provendría de dicha sustracción, ocultación o extravío de bienes). Ahora bien, tal comportamiento abusivo del heredero necesario difícilmente podría producir los resultados que éste desea, frente a sus coherederos –es decir, los otros sucesores universales del *de cujus*– puesto que ellos conocen la herencia y están en posesión de los bienes que la integran; pero en cambio, el donatario o el legatario extraño a la herencia no tiene por qué conocer ésta, ni se encuentra en posesión de los bienes de la misma, motivo por el cual podría ser víctima fácil de la maniobra del heredero legitimario. A fin de impedirlo, se exige que éste acepte la herencia en cuestión bajo beneficio de inventario, para poder reclamar de dichos extraños la reducción de las donaciones o legados que los benefician, puesto que en tal caso existe la doble garantía de la intervención de la autoridad judicial en la herencia y de la elaboración del inventario solemne de ella, con lo cual se evita la posibilidad de sustracción, ocultación o extravío de bienes por maniobras ilegítimas del heredero forzoso[5].

En esta materia, la doctrina más moderna también está generalmente de acuerdo en otros dos puntos adicionales. Por una parte, que la regla del art. 1.040 CC debe interpretarse y aplicarse en base a su antes señalada intención o razón de ser, motivo por el cual no es absolutamente indispensable que el legitimario termine siendo en realidad aceptante de la herencia bajo beneficio de inventario, sino que al respecto basta que él declare oportunamente ante la autoridad judicial competente que proyecta o pretende aceptar la herencia del causante, bajo dicho beneficio y que además se levante el inventario judicial solemne de la herencia dentro del término legal correspondiente (arts. 1.023 y 1.025 CC), aunque el legitimario, posteriormente, renuncie de manera expresa o tácita a dicho beneficio[6]. El segundo de esos puntos generalmente aceptados por la doctrina contemporánea, consiste en que, por lo que

---

5 Al respecto, *cfr.*: Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. VIII, nº 49, pp. 123-124; Ricci, *op. cit.*, T. VIII, nº 285, p. 328; Polacco, *op. cit.*, T. I, pp. 587-589; Messineo, *op. cit.*, T. VII, nº 191, pp. 220-222; Sanojo, *op. cit.*, T. II, nº 391, pp. 341-342; Dominici, *op. cit.*, T. II, pp. 320-321; etc.

6 Al respecto, *cfr.*: Polacco, *op. cit.*, T.I, p. 588; Messineo, *op. cit.*, T. VII, nº 191, pp. 220-222.

respecta a la determinación de quiénes son o no extraños a la herencia –a los efectos de aplicar el art. 1.040 CC– se debe atender únicamente a la situación potencial que exista para la fecha de la apertura de la sucesión (es decir, quiénes han sido entonces llamados a ella como herederos, sea por el testamento del *de cujus* o por la ley), pero sin tomar en cuenta lo que ocurra más tarde (que alguno de tales llamados originalmente, repudie luego la herencia): ello a fin de evitar que el heredero no legitimario, que sea al mismo tiempo beneficiario de una donación o de un legado y que sabe que la porción indisponible de la herencia ha sido lesionada, se mantenga a la expectativa hasta que venza el término de que dispone el legitimario para aceptar bajo beneficio de inventario y, entonces, renuncie a la herencia con la intención de evadir la reducción de su donación o de su legado, tratando de ampararse para ello, en el art. 1.040 CC[7].

El últ. ap. del art. 1.010 CC consagra una importante excepción a la referida regla del art. 1.040 *ejusdem*: el legitimario que haya aceptado pura y simplemente una herencia, puede no obstante hacer reducir las instituciones a título particular dispuestas por el causante a favor de extraños a la herencia, si las mismas figuran en un testamento que dicho heredero forzoso no conocía en el momento de su aceptación. Más adelante explicaremos su razón de ser (*infra*, nº 60).

## 53. Extinción del derecho y de las acciones de reducción

Como sabemos, el derecho del legitimario sobre la porción indisponible de la herencia, sólo nace con la apertura de la sucesión (*supra*, nº 46, 4); en consecuencia también en ese momento, surgen y aparecen tanto el derecho del heredero forzoso para hacer reducir las liberalidades del causante que lesionen dicha porción, como también las acciones judiciales relativas al ejercicio de ese derecho. Uno y otras se extinguen por las siguientes causas: la prescripción, la caducidad y la renuncia.

1. *Prescripción.*

Tanto la acción de reducción de las disposiciones testamentarias (instituciones de heredero y de legados) como de las donaciones efectuadas por el causante en los diez últimos años de su vida, que determinen lesión de la legítima, prescriben a los *cinco años*, contados –desde luego– a partir de la fecha de apertura de la sucesión (ap. del art. 888 y primer ap. del art. 1.469 CC)[8]. Dicho término está sujeto a las reglas

7 Al respecto, *cfr.*: Polacco, *op. cit.*, T. I, pp. 588-590.

8 Este término especial de prescripción de la acción de reducción, tanto de las disposiciones testamentarias como de las donaciones lesivas de la legítima, fue establecido entre nosotros por el CC de 1912. Nuestra legislación civil anterior no consagraba regla particular al respecto, motivo por el cual regía entonces el lapso de prescripción común a todas las acciones personales. Esto último sucede aun en la generalidad de los CC, como los de Bélgica, España, Francia, Italia, etc. El sistema venezolano, ciertamente resulta más conveniente desde el punto de vista económico-social.

generales sobre suspensión e interrupción, previstas en los arts. 1.964-1.965 y 1.969-1.973 CC.

2. *Caducidad.*

De acuerdo con la disposición del art. 1.040 CC, como hemos indicado poco antes, la acción de reducción de donaciones o de legados que lesionan la legítima, efectuados por el *de cujus* a personas extrañas a su herencia, caduca si el legitimario no manifiesta oportunamente a la autoridad judicial competente, su intención de aceptar la herencia bajo beneficio de inventario o si no se concluye el correspondiente inventario judicial solemne, dentro de los plazos legales (ya expusimos el alcance preciso que, en nuestro concepto, tiene esa disposición legal) (*supra*, nº 52, *in fine*).

3. *Renuncia.*

Las normas legales relativas a la legítima son de orden público únicamente en cuanto las mismas conciernen al causante, pero no en lo tocante al legitimario: de ahí que éste puede renunciar a la misma, como cualquier heredero puede hacerlo respecto de la cuota hereditaria que se le defiere (*supra*, nº 46, 5). Por lo demás, como reza el principio general, *quien puede lo más, puede lo menos*; de ahí que si el legitimario tiene la facultad de renunciar a su legítima, como mayor razón le es dado hacerlo en lo relativo a su derecho de hacer reducir las liberalidades del *de cujus* lesivas de la misma o a sus acciones de reducción de tales liberalidades. El segundo ap. del art. 1.469 CC lo consagra así, de manera expresa, en cuanto a la acción de reducción de las donaciones llevadas a cabo por el causante en los últimos diez años de su vida y nadie duda que ello igualmente rige para la acción de reducción de las disposiciones testamentarias.

Desde luego (y tal como lo señala el aludido segundo ap. del art. 1.469 CC, para la acción de reducción de las donaciones), esa renuncia no puede hacerse sino después de que la sucesión se haya abierto, lo cual se impone por una serie de razones. La primera, que no surte ni puede surtir efecto alguno, la renuncia de derechos antes de que ellos nazcan; y como el derecho y las acciones de reducción sólo surgen con la muerte del *de cujus*, mal podría el legitimario haberlos renunciado con anterioridad. La segunda, que una renuncia anticipada, de ser factible, constituiría un pacto sobre sucesión futura entre el legitimario y el beneficiario de la liberalidad lesiva de la porción indisponible y, por consiguiente, entraría dentro de la prohibición general que hace al respecto el ap. del art. 1.156 CC (*supra*, nº 5, C).

## 54. Modo de reducir las disposiciones testamentarias lesivas de la Legítima

Los principios y reglas concernientes a la reducción de las disposiciones testamentarias del causante que determinen lesión de la legítima que corresponde a los herederos forzosos, figuran en los arts. 890-894 y 1.470 CC y son los siguientes: 1)

la reducción de dichas disposiciones debe efectuarse antes de que pueda tener lugar la reducción de las donaciones efectuadas por el causante durante los diez últimos años de su vida; 2) la reducción de las disposiciones testamentarias lesivas, se hace proporcionalmente y sin distinguir entre instituciones a título universal e instituciones a título particular; 3) el testador puede establecer preferencias en relación con las instituciones que hace, por lo que respecta a su reducción en caso de lesión de los derechos del legitimario; y 4) en principio, la reducción de las disposiciones testamentarias, se hace en especie.

1) *La reducción de las disposiciones testamentarias se hace antes de la reducción de las donaciones.*

Partiendo de la base de que, en teniendo el causante herederos legitimarios, su herencia comprende una porción de libre disposición y otra porción indisponible –que es la legítima– resulta obvio que mientras el *de cujus* no haya agotado con sus liberalidades la parte de libre disposición de su herencia, no puede hablarse de lesión de la cuota indisponible. Por otra parte, como el testamento es un acto *mortis causa*, sólo surte efectos después de fallecido su autor, por lo que debe considerárselo como la última actuación llevada a cabo por él en vida (*supra*, nº 25, 5). De manera pues que, en el supuesto de que exista lesión de la legítima y de que el causante haya efectuado tanto instituciones testamentarias como donaciones, lo lógico y lo razonable es considerar que las últimas en fecha (o sea, las más recientes) de las liberalidades llevadas a cabo por aquél, son precisamente las que afectan la legítima de sus herederos legitimarios; y toda vez que –de acuerdo con lo que acabamos de decir– debe reputarse que las últimas en fecha de tales liberalidades, son precisamente las que figuran en su testamento, resulta perfectamente clara la disposición del art. 1.470 CC, según la cual "no se procede a reducir las donaciones, sino después de haber agotado el valor de los bienes de que se haya dispuesto por testamento". Tal regla, por lo demás, no es sino el anverso de la norma que figura en el art. 890 CC, que dice: "Si el valor de las donaciones [efectuadas por el causante en los diez últimos años de su vida] excede de la cuota disponible o es igual a ella, todas las disposiciones testamentarias quedan sin efecto"; precisamente porque el *de cujus*, con sus liberalidades efectuadas por actos entre vivos (donaciones), agotó completamente la porción disponible de su herencia.

Pero hay también razones de equidad, de orden práctico y de interés general, que imponen la precedencia de la reducción de las disposiciones de última voluntad, respecto de la reducción de las donaciones llevadas a cabo por el causante en los postreros diez años de su existencia. En esencia, la reducción de las instituciones testamentarias, no implica quitar o arrebatar algo al beneficiario instituido, sino más bien dejarle de dar algo; en cambio, como luego veremos (*infra*, nº 55), la reducción de las donaciones sí significa desapropiar y desposeer al donatario –y, en ciertos casos, a terceras personas– de bienes o de derechos que figuraban ya en su patrimonio,

lo cual es ciertamente más serio, más grave y más traumatizante para las personas afectadas y, también, para el orden económico-social en general.

Finalmente, la regla que nos ocupa tiene además otro fundamento legal, que es el principio de la irrevocabilidad de las donaciones (salvo en los casos expresamente autorizados por la ley)[9]: si por causa de lesión de la legítima, fuese posible hacer reducir las donaciones del causante antes de llevar a cabo la reducción de sus disposiciones testamentarias, o incluso, si fuere posible llevar a cabo simultáneamente la reducción de las donaciones y de las disposiciones testamentarias, el donante tendría entonces un enorme margen para revocar total o parcialmente sus donaciones –aunque no existiera motivo legal para ello– recurriendo al procedimiento de disponer por testamento en forma que quede lesionada la legítima de sus herederos necesarios.

Como puede deducirse, pues, de todo lo anteriormente expuesto, el principio o la regla en cuestión constituye materia de orden público.

Concluiremos este punto con un ejemplo: el causante, al fallecer, deja un patrimonio neto de 100 y un hijo (no deja otros legitimarios); en vida había donado a un extraño 50 y en su testamento instituye como único y universal heredero a un hermano. De acuerdo con las reglas antes estudiadas (*supra*, nº 49), a los efectos del cálculo de la legítima que corresponde al hijo del *de cujus*, se agrega ficticiamente el monto de lo donado (50) al activo hereditario neto (100), la cual da un resultado de 150; de conformidad con lo previsto al efecto por el art. 884 CC, al hijo en cuestión corresponde la mitad de ese resultado por concepto de legítima, es decir 75. De manera que, en este caso, el hermano instituido testamentariamente por la totalidad de la herencia, sufre íntegra y exclusivamente la correspondiente reducción, a fin de que la legítima del hijo del *de cujus* quede totalmente satisfecha: del patrimonio hereditario neto toca entonces 75, al hijo legitimario y sólo 25, al hermano instituido como heredero testamentario; la donación de 50 efectuada en vida por el causante, permanece intacta.

2. *La reducción de las disposiciones testamentarias debe hacerse de manera proporcional.*

Indica el art. 891 CC, que, en caso de haber lesión de la legítima, la reducción de las disposiciones testamentarias dejadas por el causante "se hará proporcionalmente", sin hacer distinción entre quienes tengan carácter de herederos y quienes tengan el de legatarios".

---

9 A diferencia de lo que sucede en otras legislaciones, el principio de la irrevocabilidad de las donaciones no está expresamente consagrado en el CC venezolano. Entre nosotros, resulta de la circunstancia de que la donación es un contrato (art. 1.431 CC) y de que los contratos no pueden revocarse sino por mutuo consentimiento o por las causas autorizadas por la ley (art. 1.159 CC). Sobre el particular, en la doctrina patria contemporánea, *cfr.*: López Herrera, *op. cit.* (*Nulidad de los Contratos*), pp. 132-133.

Lo dicho significa, por una parte, que el total de la reducción que deben sufrir la disposiciones testamentarias del *de cujus*, para satisfacer o para completar la legítima que corresponde a los herederos legitimarios, se ha de distribuir proporcionalmente –en principio– entre todos los instituidos por testamento; a tales efectos se atiende al significado o valor económico de las respectivas instituciones. Y, por otra parte que, en esta materia no se hace distinción o diferenciación alguna entre los instituidos a título universal (instituciones de herencia) y los instituidos a título particular (instituciones de legados).

Por ejemplo: el causante, al fallecer, deja un patrimonio neto de 150 y un hijo (no deja otros legitimarios); en su testamento instituye como único y universal heredero a un hermano y, además, lega 50 en efectivo a un extraño (el *de cujus* no efectuó donaciones en los últimos diez años de su vida). En dicho caso y de acuerdo con la previsión del art. 884 CC, a pesar de que la legítima del hijo del *de cujus* es de 75 (la mitad de 150), nada se le ha dejado; por tal motivo es necesario reducir las disposiciones testamentarias hechas por su padre, a fin de extraer de las mismas la legítima en cuestión. Por cuanto la institución de heredero hecha por el testador en favor de su hermano representa, en definitiva, un valor de 100 (la totalidad del patrimonio hereditario, menos el valor del legado dejado al extraño), que es el doble del valor de lo dejado al legatario (50) y, toda vez que la reducción se debe efectuar de manera proporcional y sin distinguir entre instituciones de herencia e instituciones de legados, la cuota del hermano heredero se reduce a 50; el monto del legado se reduce a sólo 25; y con los 50 rebajados al hermano heredero, más los 25 rebajados al legatario, se completan los 75 de la legítima que corresponde al hijo del causante.

3. *El causante puede establecer excepciones a la regla de la reducción proporcional de sus disposiciones testamentarias.*

El principio de la reducción proporcional de todas las disposiciones testamentarias del causante, antes examinado, no es sin embargo totalmente absoluto. En efecto, el art. 892 CC admite que "siempre que el testador declare su voluntad de que una liberalidad tenga efecto con preferencia a las demás, esta preferencia tendrá efecto, y tal disposición no se reducirá, sino en tanto que el valor de las otras liberalidades no baste para completar la porción legítima".

Sobre el particular cabe hacer varias observaciones.

Las liberalidades a que la norma alude, son única y exclusivamente las disposiciones a título universal o particular que haga el causante en su testamento: dicho término no incluye las donaciones que él haya efectuado en vida. De manera que el *de cujus* puede ordenar que se prefiera, a tales efectos, una disposición testamentaria respecto de otra disposición testamentaria suya; pero no puede establecer preferencia de sus disposiciones testamentarias, respecto de las donaciones que hubiere efectuado en vida, toda vez que en tal caso infringiría la primera de las reglas examinadas (art. 1.470 CC) que, como hemos dicho, es de orden público.

Desde luego, la preferencia a que se refiere el art. 892 CC, constituye una disposición de ultima voluntad –es decir, para surtir efectos únicamente después de la muerte de su autor– razón por la cual sólo puede hacerse válidamente por medio de testamento (art. 833 CC).

La aludida preferencia dispuesta por el causante en relación con alguna (o algunas) de sus instituciones testamentarias, puede referirse a todas las demás disposiciones suyas de última voluntad o sólo a algunas o alguna de ellas. Por ejemplo: en su testamento, el *de cujus* hace dos instituciones de herederos, en favor de AA y de BB, respectivamente; y hace, además, dos instituciones de legados, en favor de DD y de EE, también respectivamente. Dicho causante podría ordenar que se prefiera la institución que beneficia al heredero AA, respecto de todas las demás instituciones testamentarias suyas (las que hace en favor de BB, de DD y de EE); pero igualmente podría ordenar que se prefiera la institución que beneficia al heredero AA, sólo en relación con la institución del heredero BB, pero no en cuanto se refiere a las instituciones que benefician a los legatarios DD y EE; etc.[10].

El efecto de la preferencia en cuestión, consiste en que, aunque hubiere lesión de la porción disponible de la herencia, la institución a título universal o particular, así distinguida por el causante, no se reduce sino en último extremo. Dicho en otras palabras: en tales casos, las demás disposiciones testamentarias son las que sufren –en principio– la correspondiente reducción proporcional, a fin de que pueda satisfacerse la legítima de los herederos necesarios; únicamente cuando esas disposiciones no preferidas hubieren quedado reducidas a cero y aun existiere lesión de la legítima, deberá entonces procederse a la reducción de la disposición preferida.

Conviene aclarar lo expuesto con un ejemplo.

El causante, que no hizo donaciones en vida, deja un patrimonio hereditario neto de 500 y un hijo (pero no otros legitimarios). En su testamento instituye como herederos, a AA por la mitad (1/2) de la herencia y a BB por una cuarta parte (1/4) de la misma; además, lega 100 en efectivo a DD; y dispone que, de ser necesario reducir sus instituciones testamentarias, se prefiera la que favorece al heredero AA, sobre las demás.

En dicho caso, en circunstancias normales, es decir, si el causante no hubiera dispuesto preferencia alguna entre sus instituidos, la situación sería la siguiente: la herencia propiamente dicha estaría constituida por 400 (500 de patrimonio hereditario neto, menos 100 del legado a DD); como AA ha sido instituido heredero por la mitad (1/2), le corresponderían 200; y como BB ha sido instituido heredero por una cuarta parte (1/4), le corresponderían 100; al legatario DD, le corresponderían sus 100; y, por tanto, quedaría un sobrante de 100 para el legitimario. Sin embargo,

10 A nuestro juicio, tampoco existe inconveniente alguno en que la preferencia no sea total, sino parcial; *v. gr.*: que no se reduzca determinada disposición, sino en caso de que reducidas las restantes a su mitad, aun subsista la lesión de la legítima.

como la legítima del mismo es de 250 (la mitad de 500) (art. 884 CC), existe una lesión de 150, que obliga a reducir proporcionalmente las disposiciones de última voluntad. A tales efectos, la cuota del heredero AA se reduce en 75, para quedar en 125; la cuota del heredero BB se reduce en 37,50, para quedar en 62,50; y el legado de DD se reduce también en 37,50, para quedar igualmente en 62,50. El monto de 150, correspondiente a las reducciones llevadas a cabo (75 + 37,50 + 37,50) pasa al legitimario y unido a los 100 que éste ya tenía, completa su legítima.

Pero como, por hipótesis, el causante ha dispuesto que la institución que favorece al heredero AA debe ser preferida, la lesión de 150 que afecta la porción del legitimario, debe provenir exclusivamente, dentro de lo posible, de las instituciones hechas en beneficio del heredero BB y del legatario DD, a cuyo efecto, se debe proceder siempre proporcionalmente. Como el valor económico de cada una de dichas instituciones es de 100, es preciso reducirlas en 75. De manera que, en definitiva, el heredero preferido AA, queda con sus mismos 200; el heredero no preferido BB, queda con una cuota de 25; el legado en efectivo de DD, se reduce igualmente a 25; y al hijo legitimario corresponde su legítima íntegra de 250 (100 que tenía originalmente, más 75 provenientes de la reducción hecha al heredero BB, más 75 provenientes de la reducción hecha al legatario DD).

4) *La reducción de las disposiciones testamentarias se hace, en principio, en especie.*
Sabemos que la legítima es cuota de herencia que se debe en plena propiedad (art. 883 CC) y que, por consiguiente, el legitimario tiene el derecho de exigirla en especie (*supra*, n° 46, 1). En consecuencia, el heredero forzoso puede pedir que la reducción de las disposiciones testamentarias lesivas de su porción indisponible, sea igualmente efectuada en especie, es decir, con los mismos bienes que la integran. En otras palabras, el heredero testamentario o el legatario que deba sufrir dicha reducción, no puede obligar al legitimario a que éste acepte que se la satisfaga con dinero o con otros bienes distintos de los que componen el patrimonio dejado por el *de cujus*.

De ahí que el art. 893 CC, que se refiere a un caso específico de reducción de instituciones testamentarias a título particular, disponga –como regla general– que "cuando el legado sujeto a reducción fuere un inmueble, la reducción se hará por la segregación de una parte equivalente del mismo inmueble, si puede verificarse cómodamente".

Para el caso de que se trate de un inmueble cuya división no fuere cómoda, la misma norma establece el procedimiento que debe seguirse. Si la reducción en cuestión absorbiere menos de la mitad del inmueble, el legatario tiene el derecho de conservarlo íntegramente y, entonces, él compensa en dinero a los legitimarios, el equivalente al valor de la reducción[11]; y de manera equivalente, si la reducción absorbiere la mitad

11 Esta hipótesis, en consecuencia, constituye una excepción al referido principio de que la legítima se debe satisfacer al heredero legitimario, en las mismas especies comprendidas en el patrimonio hereditario.

o más del inmueble, los legitimarios tienen el derecho de conservarlo, a cuyo fin han de pagar al legatario, en dinero, el valor de la porción sobrante.

Debe considerarse que un inmueble no es susceptible de cómoda división, tanto cuando ésta es imposible, difícil, complicada o costosa, como también si de la misma ha de derivar daño notable para el bien en cuestión.

El últ. ap. del art. 893 CC prevé un caso en el cual aunque el valor del inmueble objeto de un legado exceda del de la porción disponible de la herencia, esa institución particular no está sujeta a reducción: ello ocurre cuando el legatario es uno de los legitimarios del causante y el valor del inmueble en cuestión no excede de la suma del valor de la porción legítima de ese legitimario con la del valor de la porción disponible de la herencia. A nuestro juicio, sin embargo, se trata de una disposición legal innecesaria, pues es obvio que en la hipótesis referida no podría proceder la reducción del inmueble legado, en razón de que no ha habido lesión alguna de la legítima de ninguno de los legitimarios: uno de ellos recibe más de su legítima y cada uno de los restantes, su legítima completa[12].

12 Por ejemplo: el causante deja cuatro hijos, AA, BB, DD y EE y un patrimonio de 400, dentro del cual figura una casa con valor de 250; en su testamento lega la casa que vale 250 a su hijo AA. En la herencia que nos ocupa, la porción disponible es de 200 y la legítima de cada hijo, es de 50; de manera que el legado de la casa que vale 250, si bien excede en 50 de la porción de libre disposición, no tiene un valor mayor que la suma de esa porción (es decir, 200) con la legítima que corresponde al legitimariolegatario (es decir, 50). Por otra parte, el remanente de la herencia cubre perfectamente la legítima de 50 que corresponde a cada uno de los otros hijos del causante, motivo por el cual no procede en dicho caso la reducción del legado.
Conviene sin embargo advertir que la referida previsión del últ. ap. del art. 893 CC no puede funcionar, cuando el causante dispone de varios legados inmobiliarios en favor de diferentes legitimarios y el valor total y conjunto de los diferentes inmuebles legados, excede de la suma de la porción disponible de la herencia con las legítimas de los diversos legitimarioslegatarios (aunque el valor de cada inmueble legado no exceda de la suma de la porción disponible de la herencia con la legítima del respectivo legitimariolegatario), pues en tal caso, habría una lesión de la legítima de los restantes legitimarios no legatarios, que sería necesario reparar.
Aclaremos con un ejemplo lo que acabamos de decir. El causante deja cuatro hijos, AA, BB, DD y EE y un patrimonio de 400, dentro del cual figura una casa con valor de 250 y otra con valor de 100 (los 50 restantes son bienes muebles); en su testamento lega la casa que vale 250 a su hijo AA y la casa que vale 100 a su hijo BB. En dicha herencia, como sabemos, la porción disponible es de 200 y la legítima de cada hijo, es de 50. En consecuencia, el legado de la casa que vale 250, hecho en favor del hijo y legitimario AA, excede en 50 de la porción de libre disposición, pero sin embargo, no tiene un valor mayor que la suma de esa porción (es decir, 200) con la legítima que corresponde al legitimariolegatario (es decir, 50); a su vez, el valor del segundo legado inmobiliario (es decir, 100), hecho en favor del hijo y legitimario BB, no excede de la suma de la porción disponible de la herencia (es decir, 250) con la legítima de dicho legatario (es decir, 50), la cual da un resultado de 300. En ese caso, pues, aparentemente existen todos los supuestos necesarios para el funcionamiento de la norma contenida en el últ. ap. del art. 893 CC, pero la misma no puede aplicarse, porque ello determinaría lesión de la legítima de los otros dos hijos y legitimarios del causante (DD y EE). En efecto, si el hijo AA se queda en definitiva con la casa que vale 250 y el hijo BB se queda con la casa que vale 100, únicamente existiría en la herencia un remanente de 50 para los otros hijos y legitimarios del causante (DD y EE), lo que significa una merma de 25 en la legítima de cada uno de éstos. De manera que en la hipótesis planteada se debe llevar a cabo

Dentro de los mismos supuestos a que nos venimos refiriendo (reducción de legados inmobiliarios por lesión de la legítima), el art. 894 CC prevé que si los legitimarios y el legatario no quieren quedarse con el inmueble que debe sufrir la reducción, cualquiera de los interesados puede exigir que el mismo sea vendido en pública subasta y, entonces, se procede a la división o distribución del precio que se obtenga, entre los legitimarios y el legatario, en la forma como corresponda.

Consideramos que las reglas contenidas en los arts. 893-894 CC deben también aplicarse por analogía a cualquier otro tipo de legado de cosa cierta, determinada e individualizada (*v. gr.*: una obra de arte, una prenda, etc.), sujeto a reducción por lesión de la legítima, aunque su objeto no sea un bien inmueble[13].

## 55. Modo de reducir las donaciones lesivas de la Legítima

Los principios y reglas concernientes a la reducción de las donaciones efectuadas por el causante que determinen lesión de la legítima que corresponde a los herederos forzosos, figuran en los arts. 1.468-1.473 CC y son los siguientes: 1) sólo son susceptibles de reducción, las donaciones efectuadas por el causante durante los últimos diez años de su vida; 2) la reducción de tales donaciones, únicamente procede después de haber quedado totalmente sin efectos las disposiciones testamentarias del causante; 3) la reducción de las donaciones no se hace proporcionalmente, sino que se comienza por la más reciente y se continúa sucesivamente hasta la más antigua; 4) el causante solamente puede establecer preferencias entre sus donaciones lesivas de la legítima (en lo relativo a su reducción), entre las que haya efectuado simultáneamente; 5) en principio, la reducción de las donaciones también se hace en especie (aunque esta regla sufre una serie de excepciones que no se plantean en la reducción de las disposiciones testamentarias que lesionan la porción indisponible de la herencia); 6) el donatario que sufre reducción de su donación, debe además reintegrar los frutos que produzca el bien donado, a partir de la fecha de su citación para la demanda de reducción; y 7) el donatario que sufre reducción, tiene derecho de exigir el reembolso de las mejoras y de los gastos de conservación referentes al bien donado y responde de los deterioros del mismo.

---

la reducción proporcional de los legados, para completar la legítima de DD y de EE; para ello, el legado de AA se reduce en 35,71 y el legado de BB se reduce en 14,29 (sin embargo, en razón de que dichas reducciones no llegan a la mitad del valor de los respectivos inmuebles legados, cada legatario tiene el derecho de conservar el inmueble que le corresponda, compensando en efectivo el monto de la reducción a los otros legitimarios, por aplicación de las reglas que figuran en el primer ap. de dicho art. 893 CC, antes explicadas).

13 En el mismo sentido, *cfr.*: Dominici, *op. cit.*, T. II, p. 136.

Dentro de los mismos supuestos a que nos venimos refiriendo (reducción de legados inmobiliarios por lesión de la legítima), el art. 894 CC prevé que si los legitimarios y el legatario no quieren quedarse con el inmueble que debe sufrir la reducción, cualquiera de los interesados puede exigir que el mismo sea vendido en pública subasta y, entonces, se procede a la división o distribución del precio que se obtenga, entre los legitimarios y el legatario, en la forma como corresponda.

Consideramos que las reglas contenidas en los arts. 893-894 CC deben también aplicarse por analogía a cualquier otro tipo de legado de cosa cierta, determinada e individualizada (*v. gr.*: una obra de arte, una prenda, etc.), sujeto a reducción por lesión de la legítima, aunque su objeto no sea un bien inmueble[13].

## 55. Modo de reducir las donaciones lesivas de la Legítima

Los principios y reglas concernientes a la reducción de las donaciones efectuadas por el causante que determinen lesión de la legítima que corresponde a los herederos forzosos, figuran en los arts. 1.468-1.473 CC y son los siguientes: 1) sólo son susceptibles de reducción, las donaciones efectuadas por el causante durante los últimos diez años de su vida; 2) la reducción de tales donaciones, únicamente procede después de haber quedado totalmente sin efectos las disposiciones testamentarias del causante; 3) la reducción de las donaciones no se hace proporcionalmente, sino que se comienza por la más reciente y se continúa sucesivamente hasta la más antigua; 4) el causante solamente puede establecer preferencias entre sus donaciones lesivas de la legítima (en lo relativo a su reducción), entre las que haya efectuado simultáneamente; 5) en principio, la reducción de las donaciones también se hace en especie (aunque esta regla sufre una serie de excepciones que no se plantean en la reducción de las disposiciones testamentarias que lesionan la porción indisponible de la herencia); 6) el donatario que sufre reducción de su donación, debe además reintegrar los frutos que produzca el bien donado, a partir de la fecha de su citación para la demanda de reducción; y 7) el donatario que sufre reducción, tiene derecho de exigir el reembolso de las mejoras y de los gastos de conservación referentes al bien donado y responde de los deterioros del mismo.

---

la reducción proporcional de los legados, para completar la legítima de DD y de EE; para ello, el legado de AA se reduce en 35,71 y el legado de BB se reduce en 14,29 (sin embargo, en razón de que dichas reducciones no llegan a la mitad del valor de los respectivos inmuebles legados, cada legatario tiene el derecho de conservar el inmueble que le corresponda, compensando en efectivo el monto de la reducción a los otros legitimarios, por aplicación de las reglas que figuran en el primer ap. de dicho art. 893 CC, antes explicadas).

13 En el mismo sentido, *cfr.*: Dominici, *op. cit.*, T. II, p. 136.

1) *La reducción de donaciones sólo puede afectar las llevadas a cabo en los últimos diez años de la vida del causante.*

Ya hemos visto que en la legislación venezolana, a los efectos del cálculo o determinación de la legítima, no se toma en cuenta la totalidad de las donaciones efectuadas por el *de cujus*, sino únicamente las llevadas a cabo por éste durante los últimos diez años de su vida (art. 889 CC) (*supra*, nº 49, 3). De manera consecuente, el art. 1.468 *ejusdem* no admite la posibilidad de reducir –por lesión de la legítima– todas las donaciones del causante, sino solamente aquéllas que tuvieron lugar en el postrer decenio de su existencia.

De ahí que todo cuanto exponemos a continuación, se aplica exclusivamente a esas últimas liberalidades por acto entre vivos, llevadas a cabo por la persona fallecida.

2) *La reducción de las donaciones sólo procede, después de haber reducido total e íntegramente las disposiciones testamentarias.*

Para que pueda iniciarse el proceso de reducción de las donaciones realizadas por el *de cujus* en los últimos diez años de su vida, es indispensable haber reducido primero a cero la totalidad de sus disposiciones testamentarias y que, aun entonces, subsista alguna lesión de la porción indisponible de la herencia (arts. 890 y 1.470 CC).

La razón de ser de dicha regla fue expuesta con anterioridad (*supra*, nº 54, 1).

3) *La reducción de las donaciones no se hace en forma proporcional, sino comenzando por la más reciente y continuando sucesivamente hasta la más antigua.*

Así lo dispone el art. 1.470 CC, en su parte final y el fundamento de ello es exactamente el mismo del principio precedentemente señalado. En razón de que, cuando hay herederos legitimarios, la herencia comprende dos partes o porciones, la disponible y la indisponible, resulta claro que mientras no se haya agotado la primera –mediante las liberalidades del causante– no puede existir lesión de la segunda; de ahí que, precisamente, sean las gratuidades más recientemente llevadas a cabo por el *de cujus* y no las más antiguas, las que realmente afectan la parte no disponible del patrimonio hereditario: así como no procede la reducción de las donaciones, sino después de que se haya dejado sin efecto alguno la totalidad de las disposiciones testamentarias, tampoco procede la reducción de una donación efectuada por el *de cujus*, mientras no se haya reducido íntegramente todas las demás donaciones efectuadas por él, con posterioridad a aquélla.

De manera que, en lo relativo a reducción de donaciones, no se procede en forma proporcional –tal como vimos sucedía en lo tocante a la reducción de las disposiciones testamentarias del causante (art. 891 CC)– (*supra*, nº 54, 2)[14].

---

14 No obstante lo dicho, si fuere el caso de reducir varias donaciones llevadas a cabo *simultáneamente* por el causante, tal reducción sí se hace entonces en proporción al monto o valor de cada una de ellas: en tal hipótesis sí debe considerarse aplicable la regla del art. 891 CC, en base a la remisión general que hace el últ. ap. del art. 1.468 *ejusdem*.

4) *El causante no puede establecer excepciones a la regla de la reducción de sus donaciones, en orden cronológico –de la más reciente a la más antigua– sino respecto de las que haya efectuado simultáneamente.*

Sabemos que, en materia de disposiciones testamentarias, el art. 892 CC autoriza al causante para que declare su voluntad en el sentido de que determinada institución tenga preferencia sobre las demás y que, por consiguiente, no sufra reducción sino cuando el valor de las restantes instituciones no baste para completar la porción legítima (*supra*, nº 54, 3). Pero en lo tocante a la reducción de las donaciones, no rige igual principio, a pesar de la remisión general que aparentemente hace el últ. ap. del art. 1.468 CC, a las normas de los arts. 888894 *ejusdem.*

La doctrina jurídica está de acuerdo en que, en términos generales, la previsión o cláusula de preferencia que beneficie determinada donación (en cuanto a exceptuarla de una eventual reducción), afectaría la regla de la irrevocabilidad de las liberalidades por acto entre vivos, a que hemos hecho referencia con anterioridad (*supra*, nº 54, 1, *in fine*), en la cual está interesado el orden público. En efecto, si al donante le fuera posible beneficiar con esa preferencia una donación posterior suya, que lesiona la legítima de sus herederos necesarios, de hecho y de derecho estaría revocando *post mortem*, una u otras donaciones anteriormente efectuadas por él (a pesar de que no serían éstas, las que determinan lesión de la porción indisponible de la herencia).

Por tales consideraciones, sólo se admiten las aludidas preferencias o excepciones –en cuanto a su eventual reducción– cuando se trata de donaciones llevadas a cabo por el *de cujus* simultáneamente y siempre que la preferencia o excepción conste en el mismo acto de dichas liberalidades (*v. gr.*: dono a AA mi casa de la playa y a BB mis acciones en determinada compañía anónima; pero en caso de que resulte que las mismas afectan la legítima de mis herederos forzosos, dispongo que no se reduzca la donación en favor de AA sino después de que haya sido totalmente reducida la donación en favor de BB). Dentro de esos supuestos, la cláusula de preferencia o de excepción que favorezca a alguna de esas donaciones, ya no debe verse como una violación del principio de la irrevocabilidad de las liberalidades por acto entre vivos, sino más bien como una condición resolutoria establecida por el donante respecto de la donación no favorecida con la preferencia o excepción[15].

5) *La reducción de las donaciones se hace, en principio, en especie.*

Las mismas razones que anteriormente señalamos, en cuanto a que la reducción de las disposiciones testamentarias que lesionan la legítima, debe efectuarse precisamente –y por regla general– en especie (*supra*, nº 54, 4), rigen igualmente respecto de la reducción de las donaciones lesivas de la porción indisponible de la herencia. Sin embargo, este principio sufre –en materia de reducción de donaciones– una se-

15 Al respecto, *cfr.*: Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. VIII, nº 88, p. 223; Polacco, *op. cit.*,T. II, pp. 597-599; Planiol & Ripert, *op. cit.*, T. V., nº 110, p. 111; De Page, *op. cit.*, T. VIII-2, nº 1525, C, p. 1624; Sanojo, *op. cit.*, T. II, nº 488, p. 431.

rie de excepciones que no existen ni pueden plantearse en lo tocante a la reducción de las disposiciones testamentarias que lesionan la legítima; y en todos esos casos excepcionales, la reducción de la donación se hace, ya no en especie, sino mediante la entrega por el donatario al legitimario lesionado, del equivalente al valor del bien donado. A continuación procedemos a examinar esos casos excepcionales.

i. Cuando el objeto de la donación es una *cosa fungible o de consumo*, es evidente que la reducción tiene que efectuarse por el equivalente a su valor.

ii. Cuando la cosa donada *ha perecido por causa imputable al donatario*, éste no puede considerarse liberado de la obligación de sufrir la reducción (como sí lo estaría –en cambio– si la pérdida de la cosa no se debiera a su culpa), pero al mismo tiempo, resulta obvio que en esta hipótesis la reducción no puede efectuarse en especie sino por el valor equivalente.

iii. Cuando el bien donado *es mueble y fue enajenado por el donatario*. De la disposición contenida en el art. 1.473 CC se deduce *a contrario sensu* pero con toda claridad, que la acción de reducción de donaciones mobiliarias que lesionan la legítima, jamás puede proponerse contra terceras personas. Ello se explica en razón de que los bienes muebles, por su propia naturaleza, están destinados a pasar con facilidad de mano en mano, sin que el adquirente tenga que indagar cómo fue adquirido por el enajenante, lo cual –por lo demás– podría resultar imposible en muchísimos casos.

De ahí que, en la hipótesis aludida, la reducción debe ser efectuada por el equivalente en dinero, al valor del bien donado.

Ahora bien, ¿qué sucede si el bien mueble donado ha sido enajenado por el donatario, que luego ha caído a estado de insolvencia, razón por la cual tampoco puede satisfacer al legitimario lesionado el equivalente al valor de aquella cosa? Dentro de esos supuestos, cabrían tres soluciones teóricas: a) que se proceda entonces a reducir la donación inmediata siguiente, efectuada por el causante (según esta alternativa, los efectos de la insolvencia del donatario en cuestión, deben ser íntegramente sufridos por los demás donatarios); o b) que se rebaje la legitima del heredero necesario, en el equivalente al valor de la donación hecha al donatario insolvente (de acuerdo con esta otra opción, los efectos de esa insolvencia deben recaer íntegramente sobre el legitimario); o bien, c) que se recalcule la legítima del heredero legitimario, sin tomar en cuenta la donación efectuada al donatario insolvente, a fin de que se distribuyan proporcionalmente entre el legitimario y los demás donatarios, las consecuencias de tal insolvencia[16]: la tercera de dichas

16 Aclaremos lo expuesto con un ejemplo. Supongamos que el causante deja un activo neto de 20 y que hubiera efectuado dos donaciones de bienes muebles, cada una con valor de 50, la última de ellas a BB, el mismo año de su muerte y la otra a AA, el año inmediato anterior; supongamos igualmente

soluciones, es la generalmente aceptada por la doctrina, toda vez que resulta la más equitativa[17].

iv. *Cuando la cosa donada es un inmueble, posteriormente enajenado por el donatario, quien sin embargo es económicamente solvente*, la reducción de tal donación tampoco se efectúa en especie, sino por el equivalente al valor del bien donado.

El art. 1.473 CC establece, por una parte –como acabamos de indicar– que no procede la acción de reducción contra terceras personas, cuando el objeto de la donación es un bien mueble; pero además, dispone que si lo donado fue un inmueble que luego enajenó el donatario, tampoco puede el legitimario accionar contra el tercero adquirente, sino después de haber hecho excusión de los bienes de dicho donatario.

Ello significa, pues, que si el donatario es solvente, el legitimario debe contentarse con que aquél sufra la reducción de su donación por el valor equivalente al bien donado y no en especie[18]. En cambio, si efectuada la excusión previa de los bienes del donatario, resulta que éste es insolvente, entonces el legitimario puede incoar contra el tercero adquirente del inmueble donado, la acción de reducción o de reivindicación de dicho bien.

Cuando procede la reducción total o parcial de donaciones inmobiliarias, deben ser aplicadas las reglas sobre reducción de legados de inmuebles que establecen los arts. 893 y 894 CC, que anteriormente hemos examinado (*supra*, nº 54, 4), en base a la remisión que figura en el últ. ap. del art. 1.468 CC. Por otra parte, los inmuebles

---

que el *de cujus* no deja testamento y que sólo tiene un heredero legitimario, LL. El donatario BB enajenó el bien donado y, para la fecha de la apertura de la sucesión, es insolvente.
La legítima de LL equivale a 60 (la mitad de 20 + 50 + 50), de los cuales sólo existen 20 en la herencia, motivo por el cual es preciso reducir en 40, las donaciones efectuadas por el causante, comenzando por la última en fecha (es decir, la de BB).
De acuerdo con la primera solución arriba indicada, en razón de la insolvencia del legatario BB, se procede a reducir en 40 la donación recibida por AA; de manera que, en definitiva, LL queda con su legítima de 60 completa y el donatario AA sólo conserva 10 de su donación original. Según la segunda de dichas soluciones, el donatario AA no debe sufrir consecuencia alguna derivada de la insolvencia del donatario BB, motivo por el cual aquél conserva íntegra su donación de 50; en cambio, el legitimario LL sólo recibe 20 (lo que se encuentra en el patrimonio hereditario) y pierde los restantes 40 de su legítima. Finalmente en la tercera de las señaladas soluciones, la insolvencia de BB obliga a recalcular la legítima, sin tomar en cuenta la donación hecha a dicho insolvente; de manera que la porción indisponible de la herencia se limita entonces, a 35 (la mitad de 20 + 50); el legitimario toma los 20 que figuran en la herencia más 15 que reduce de la donación efectuada a AA, quien sólo conserva, por consiguiente, los 35 restantes.

17 Al respecto, *cfr.*: Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. VIII, nº 91, pp. 227-232; Polacco, *op. cit.*, T. I, pp. 599-601; Sanojo, *op. cit.*, T. II, nº 490, pp. 434-435. El art. 562 CC italiano de 1942, acoge de manera expresa esa misma solución.

18 Las cuatro excepciones que acabamos de explicar, constituyen también, a su vez, excepciones al principio de que la legítima se debe satisfacer al heredero legitimario, en las mismas especies comprendidas en el patrimonio hereditario.

que fueren recobrados –del donatario o de terceras personas– como consecuencia de la reducción, regresan al patrimonio hereditario libres de todo gravamen, carga o hipoteca que hubieren constituido sobre ellos el donatario o sus causahabientes (art. 1.472 CC); con cierta frecuencia, la doctrina explica esa lógica previsión legal, diciendo que la reducción de las donaciones opera retroactivamente[19].

6) *Obligación de restituir los frutos del bien donado.*

De acuerdo con el art. 1.471 CC, el donatario que sufre reducción total o parcial de la donación que recibió del causante, debe además restituir al legitimario, los frutos del bien donado que correspondan a la porción en la cual haya sido reducida la donación, devengados o producidos a partir de la fecha de su citación para la demanda de reducción.

En efecto, de acuerdo con la regla general consagrada por el art. 790 CC, el donatario (o su causahabiente) debe ser considerado un poseedor de buena fe y, por ende, hace suyos los frutos del bien donado, no estando obligado a restituir sino los que perciba después de que haya sido legalmente notificado de la respectiva demanda. Por lo demás, los frutos a ser restituidos son solamente los que correspondan proporcionalmente a la porción retraída al bien donado (*v.gr.*: si la reducción sólo afectó la mitad de dicho bien, el donatario únicamente debe devolver la mitad de los frutos devengados o producidos desde la fecha de su citación).

7) *Derecho del donatario de exigir el reembolso de las mejoras y de los gastos de conservación del bien donado y su responsabilidad por los deterioros del mismo.*

A esta materia de la reducción de donaciones por lesión de la legítima, son aplicables –por analogía– las reglas establecidas en los arts. 1.100-1.103 CC, para la colación de donaciones, que resumimos a continuación, sin perjuicio de estudiarlas con detenimiento más adelante (*infra*, nº 148-C).

i. El donatario que sufre reducción tiene derecho de que se le abonen las impensas con que haya mejorado la cosa donada, habida consideración a su mayor valor para el momento de la apertura de la sucesión.

ii. El donatario que sufre reducción, tiene derecho de que se le abonen las impensas que haya hecho para la conservación de la cosa, aunque no la haya mejorado.

iii. A la inversa, el donatario es responsable de los deterioros y desmejoras que le fueren imputables, que hayan disminuido el valor del bien donado.

iv. Las tres reglas precedentes funcionan aunque el bien donado ya no se encuentre en el patrimonio del donatario para la fecha de apertura de la sucesión.

---

19 En ese sentido, entre otros, *cfr.*: De Page, *op. cit.*, T. VIII-2, nº 1550, pp. 1642-1644. Sin embargo, nos parece que la norma corresponde más bien a la aplicación del principio general *resoluto jure dantis, resolvitur est jus accipientis.*

# CAPÍTULO X

# PRINCIPIOS GENERALES DE LA INSTITUCIÓN DE HEREDEROS Y LEGATARIOS

56. Principios que gobiernan las Instituciones Testamentarias.- 56-A. Ausencia de Sacramentalismos.- 56-B. Certeza del Instituido.- 56-C. Determinación del Objeto de la Institución.- 57. Modalidades de las Disposiciones Testamentarias.- 57-A. El Término.- 57-B. La Condición.- 57-C. El Modo. -58. Protección de la Voluntad del Testador mientras la Modalidad está pendiente de Cumplimiento.- 59. Reglas Fundamentales relativas a la Interpretación de las Disposiciones Testamentarias.

## 56. PRINCIPIOS QUE GOBIERNAN LAS INSTITUCIONES TESTAMENTARIAS

Sabemos que las instituciones testamentarias pueden ser a título universal o a título particular; que sólo las primeras confieren al instituido la cualidad y el título de heredero, pues de las segundas únicamente deriva la cualidad y el título de legatario (arts. 834 y 895 CC). Así mismo estamos en cuenta de que a los efectos de distinguir entre uno y otro tipo de instituciones, no se atiende a las expresiones que el testador haya utilizado al efecto, ni al mayor o menor valor patrimonial de ellas; sino exclusivamente a su contenido, ya que son a título universal solamente las que comprenden la totalidad o una parte alícuota del patrimonio hereditario, en tanto que las que se refieren a determinados bienes o derechos específicos de dicho patrimonio, lo son a título particular (art. 834 CC) (*supra*, nº 26).

También hemos visto en los Capítulos precedentes, que las instituciones testamentarias de uno y otro tipo están sometidas a ciertas restricciones o limitaciones, tanto de forma (solemnidades requeridas para el otorgamiento de testamentos), como de fondo (prohibición de testamentos conjuntos, testamentifacción activa y pasiva y legítima que corresponde a los herederos forzosos).

El testamento puede contener la institución de uno o de varios herederos; dicho acto puede igualmente referirse a la institución de uno o de varios legados; es también perfectamente posible que en un mismo testamento se instituyan uno o varios herederos y, además, uno varios legados.

Cuando el testador designa varios herederos, puede hacerlo en forma *conjunta* (todos ellos son llamados a la vez, a la herencia), o bien en forma *sucesiva* (unos son llamados a la herencia, en defecto o después de otros); igual cosa puede suceder si el testador designa varios legatarios respecto de un mismo bien. Si el llamado es conjunto para varios herederos o para varios legatarios de un mismo bien, dichos beneficiarios son –entre sí– coherederos o colegatarios, según que se trate de una institución universal o de una institución a título particular. En cambio, cuando el llamado a los herederos o a los legatarios de un mismo bien, es sucesivo, surge la figura de la sustitución sucesoral, que posteriormente estudiaremos (*infra*, nº 69).

Supuesto pues todo ello, debemos ahora referirnos a los principios o reglas que gobiernen la institución, por testamento, de los herederos y de los legatarios. Tales reglas o principios son tres, a saber: ausencia de sacramentalismos, certeza del instituido y determinación del objeto de la institución.

## 56-A. Ausencia de sacramentalismos

En principio, el Derecho moderno en general y, en particular el venezolano, no son sacramentales; por tal razón, los interesados no están obligados a seguir determinadas fórmulas para manifestar o expresar válidamente su voluntad, sino que al respecto pueden hacerlo con entera libertad y como a bien lo tengan. Esa regla general no sufre excepción en materia de testamentos, como por lo demás, lo indica expresamente la parte final del art. 895 CC[1].

Por otra parte –como también tuvimos ya oportunidad de señalar– el testador no tiene obligación alguna de explicar o de motivar sus instituciones a título universal o particular, ya que se presume que él procede al efecto con ánimo de realizar liberalidades (*supra*, nº 32-A)[2].

---

1 No sucedía lo mismo en el Derecho romano. Recuérdese que, al efecto, el testador se encontraba allá sometido a una serie de rígidas normas de tipo formal: el testamento tenía necesariamente que comenzar con el nombramiento del heredero [al respecto, *cfr.:* Gayo (*Institutas*), II, 229] (*supra*, nº 25, 7); más aún, la designación del heredero requería la utilización de determinadas palabras específicas (*Titius heres esto* o *Titium heredem esse jubeo*) [al respecto, *cfr.*: Gayo (*Institutas*), II, 117]; en dicho acto, el otorgante no podía dejar de mencionar a todos sus *heredes sui*, ya fuera para instituirlos o para desheredarlos [al respecto, *cfr.*: Ulpiano (*Reglas*), XXII, 14] (*supra*, nº 43); más tarde si el testador deseaba desheredar a alguno de sus familiares más cercanos (descendientes, ascendientes y, en ciertos casos, hermanos), le era indispensable señalar con exactitud la causal legal que al efecto invocaba (al respecto, *cfr.: Novelas*, CXV, III y IV) (*supra*, nº 43); el legado debía ser formulado en términos imperativos [al respecto, *cfr.*: Ulpiano (*Reglas*), XXIV, I]; etc.

2 Conviene recordar que el art. 896 CC prevé las consecuencias de que el causante, no obstante no estar obligado a ello, decida expresar en su testamento la razón de la institución que hace y que luego la misma resulte errónea y, además, la causa única de la disposición (*supra*, nº 32-A).

## 56-B. Certeza del instituido

La institución del heredero o del legatario, debe ser clara, precisa y exacta, es decir, tiene que ser redactada en forma tal que no deje lugar a dudas respecto de quién o cuál es la persona efectivamente nombrada por el causante como su heredero o su legatario. Al respecto, dispone el art. 898 CC: El nula toda disposición: 1° Que instituya heredero o legatario a una persona incierta, hasta el punto de no podérsela determinar...".

Lo conveniente, lo deseable y lo ideal, es que la certeza del instituido resulte explícitamente del mismo testamento; es decir, que se indique allí la persona a quien se quiere favorecer, con sus nombres y apellidos completos (*v. gr.*: "instituyo como mi único y universal heredero a XX"). No obstante, el legislador no ha sido tan severo como para exigir que ello tenga que ser necesariamente así; de ahí que el art. 901 CC prevea: "Si la persona del heredero o del legatario se ha designado con inexactitud, la disposición tiene efecto cuando el contexto del testamento u otros documentos o hechos claros, demuestren cuál es la persona que el testador ha querido indicar". En consecuencia, la certeza del instituido puede también aparecer de manera implícita en el acto de última voluntad, o resultar de hechos o circunstancias extrínsecos al testamento, pero todo ello, siempre y cuando no haya duda alguna respecto de la persona de quien se trata.

De manera pues que, en definitiva, sólo puede hablarse de falta de certeza del instituido heredero o legatario, cuando uno u otro no ha sido determinado con claridad por el testador y tampoco es determinable de manera inequívoca.

Por ejemplo, habría clara determinación del instituido, aunque implícita en el mismo testamento, en la siguiente disposición: "Lego la cantidad de 100 al cónyuge del albacea que nombro en la cláusula Quinta del presente testamento". En efecto, allí no se indica el nombre preciso del beneficiario –como resultaría de una institución explícita– pero en el mismo acto de última voluntad existen elementos que permiten establecer, de manera absolutamente cierta, quien es el legatario en cuestión.

También habría certeza en cuanto a la determinación del instituido, derivada no ya del testamento, sino de otro documento, en el siguiente ejemplo: "Instituyo como heredero mío a la persona que aparece como vendedora, en el documento protocolizado en la Oficina Subalterna del Primer Circuito de Registro del Municipio Libertador del Distrito Federal, el 23 de octubre de 1987, bajo el N° 103 del Protocolo 1°, Tomo 16" (desde luego, siempre y cuando exista dicho documento, el mismo verse sobre una compraventa y en él no figure sino un vendedor, debidamente identificado)[3].

---

3 Existe sentencia de Casación de acuedo con la cual debe considerarse que se cumple la previsión del art. 901 CC, cuando el causante ha dispuesto en favor de personas a quienes califica en su testamento como "pobres vergonzantes", sin nombrarlas, pero señalando que son las que figuran en lista que ha entregado separadamente a su albacea (*Cas.*: M. 1936, p. 251).Tal criterio, a nuestro juicio, es

Por último, igualmente se cumple el requisito en referencia, por resultar perfectamente determinado el instituido en razón de hechos claros y ciertos, aunque extrínsecos al testamento, en este otro ejemplo: "Lego mi biblioteca al primero de mis hijos que se gradúe de abogado".

De manera que la certeza del instituido no tiene necesariamente que ser un hecho claro para el momento de la apertura de la sucesión, sino que también puede resultar de circunstancias posteriores a ese momento (tal como sucede en el último ejemplo propuesto)[4].

Cuando resulta imposible determinar con absoluta certeza quién es el instituido heredero o legatario, la correspondiente disposición testamentaria es *nula* (art. 898 CC), salvo disposición especial de la ley. Desde luego, esa nulidad no afecta todo el testamento, sino únicamente a la institución de la persona incierta.

En relación con el principio de la certeza del instituido, la ley trata sobre cuatro tipos específicos de disposiciones testamentarias: las dejadas al arbitrio de un tercero, las hechas en favor del alma, las efectuadas en favor de los pobres u otras semejantes y las instituciones fiduciarias.

A. *Instituciones dejadas al arbitrio de terceros.*

No es válida la disposición testamentaria en la cual se encomienda a un tercero la designación del heredero o del legatario (ord. 2° del art. 898 CC) (*v. gr.:* "Nombro como universal heredero mío, a la persona que al efecto escoja XX"; "Lego la cantidad de 100 a la persona que designe ZZ").

Ese tipo de disposición testamentaria es nulo, toda vez que, por una parte, incumple el principio de la certeza del instituido, puesto que la designación de éste no

---

absolutamente inaceptable, por las siguientes razones: primeramente, porque equivale a admitir instituciones fiduciarias, contra la regla expresa del art. 897 CC (al cual nos referiremos en seguida), ya que jamás podría existir seguridad objetiva respecto de que la lista de "pobres vergonzantes" que presente el albacea, sea precisamente la elaborada por el causante; en segundo término, en razón de que también contradice la prohibición, contenida en el ord. 2° del art. 898 CC, de encomendar a un tercero la designación del heredero o del legatario; y finalmente, toda vez que contradice el carácter esencialmente formal que tiene el testamento en nuestro sistema legal (*supra*, n° 25, 4, *in fine*).

4 La doctrina está de acuerdo sobre el particular; al respecto, *cfr.:* Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. VIII, n° 93, pp. 193-197; Ricci, *op. cit.*, T. VIII, n° 317, pp. 390-391; Polaco, *op. cit.*, T. I, pp. 336-337; De Page, *op. cit.*, T. VIII-1; n° 128, p. 195; Sanojo, *op. cit.*, T. II, n° 284, p. 258; Farrera, *op. cit.*, n° 231, p. 197.

Recordemos, por lo demás, que se puede instituir por testamento no sólo a personas naturales vivas para la fecha de apertura de la correspondiente sucesión, sino también a los hijos por concebir de una persona determinada, que esté viva para el momento de la muerte del testador (ap. del art. 840 CC); y que también se puede instituir válidamente no sólo en favor de personas jurídicas existentes para el momento de la apertura de la sucesión, sino también en favor de personas jurídicas que no existen para tal fecha pero cuya organización, creación, constitución o legalización se prevé y se establece en el mismo testamento (*supra*, n° 30-A).

aparece en el testamento, ni tampoco resulta de otros documentos o hechos ciertos e indubitables, sino –en última instancia– de la voluntad de un tercero; y, por otra parte, tal nulidad se funda también en la violación del carácter personalísimo del testamento (*supra*, nº 25, 3), puesto que en la institución en referencia, el beneficiario no es nombrado por el propio causante, sino por otra persona.

La citada norma no sufre excepción alguna en materia de instituciones a título universal; de manera que se aplica incluso cuando el testador ha designado a varias personas y nombra a un tercero para que elija al heredero de entre aquéllas.

En cambio, no funciona con idéntico rigor cuando se trata de legados. En efecto, el mismo ord. 2º del citado art. 898 CC, agrega: "pero será válida la disposición a título particular en favor de una persona a quién haya de elegir un tercero entre varias determinadas por el testador, o pertenecientes a familias o a cuerpos morales designados por él". Dicha excepción no es sino una reminiscencia del Derecho Romano[5], que allá se explicaba por la radical preeminencia que tenía la institución del heredero respecto de la del legatario, no sólo desde el punto de vista jurídico-económico, sino fundamentalmente en cuanto a su trascendencia política, religiosa y familiar.

A fin de que pueda darse la referida excepción en materia de legados, se requiere indispensablemente, tal como lo indica la disposición copiada, que el testador señale explícitamente las personas naturales o jurídicas de entre las cuales el tercero nombrado debe efectuar su elección. En caso de que el testador establezca como eventuales beneficiarios del legado a los miembros de determinadas familias, entre quienes debe versar la correspondiente selección por parte del tercero nombrado, la disposición sería igualmente nula, por incertidumbre del instituido, si el causante no especifica con toda precisión y claridad, lo que él entiende por familia a los efectos dichos, o entre cuáles de los familiares debe llevarse a cabo la elección, ya que de lo contrario no podría haber absoluta certeza respecto de su verdadera voluntad[6].

¿Y si el tercero nombrado por el testador para efectuar la elección, rehusa hacerlo?

La doctrina se pronuncia mayoritariamente en el sentido de que, en tal caso, la institución del legado continúa siendo válida pero la escogencia del legatario debe ser hecha por la correspondiente autoridad judicial, por aplicación analógica del art. 935 CC, según el cual, cuando el tercero nombrado por el causante para seleccionar el objeto de un legado de cosa indeterminada, comprendida en un género o especie,

5 *Digesto*, XXXI, 16.

6 *V. gr.*: "Lego mi casa en Mérida, a la persona que sea escogida al efecto por XX, de entre los miembros de las familias de mis hermanos AA y BB; a tales efectos aclaro que se debe considerar como miembros de cada una de dichas familias, a las siguientes personas: mi propio hermano, su cónyuge y sus hijos que vivan con ellos"."Lego mi finca en Maturín a aquél de mis primos hermanos, que sea seleccionado al efecto por ZZ".

rehusa cumplir el encargo, éste corresponde al juez respectivo (*infra*, nº 63-C)[7]. Otros, sin embargo, consideran que la norma del artículo 935 CC es de naturaleza excepcional, razón por la cual no cabe su aplicación, por vía de analogía, a casos similares; a más de que ninguna similitud existe entre los supuestos de hecho de esa disposición y la circunstancia de que el tercero designado por el testador para seleccionar al legatario de entre los varios candidatos señalados al efecto en el acto de última voluntad, no quiera o no pueda aceptar el encargo[8].

A nuestro modo de ver, no es realmente posible aplicar por analogía al caso que nos ocupa, la regla del art. 935 CC, ya que ésta se refiere a supuestos completamente distintos; de ahí que si la persona designada por el testador no puede o no quiere cumplir el encargo, nadie está autorizado para llevarlo a cabo en su sustitución y, por ende, la institución del legatario quedaría en completa incertidumbre. Dentro de esa situación, pues, no existe más alternativa que aplicar la regla general del art. 898 CC, según la cual es nula la disposición testamentaria que instituya legatario a una persona incierta, hasta el punto de no podérsela determinar (a menos, desde luego, que el propio testador haya previsto –de una manera u otra– alguna solución diferente que, al propio tiempo, sea legalmente admisible).

B. *Instituciones genéricas en favor del alma.*

Dice el art. 899 CC: "La disposición universal o parcial que haga de sus bienes el testador en favor de su alma, sin determinar la aplicación o simplemente para misas, sufragios, usos u obras pías, se entenderá hecha en favor del patrimonio de la Nación".

La norma se refiere, pues, a las disposiciones genéricas en favor del alma y a las concernientes a oficios religiosos o a fines caritativos, cuyo propósito sea la expiación de las faltas del causante y la salvación de su alma[9]. Se trata de casos como los siguientes: "Instituyo a mi propia alma como única y universal heredera mía"; "Destino el inmueble AA de mi propiedad, para que sea vendido y su producto invertido en misas y sufragios que deberán ofrecerse por el descanso de mi alma"; y otros similares o equivalentes. En efecto, como el alma de una persona no es ni puede ser titular de derechos o de obligaciones de índole jurídica, su institución como heredera o como legataria carecería de sentido y crearía una situación de total incertidumbre

---

7 En ese sentido, *cfr.*: Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. VIII, nº 100, pp. 210-211; Ricci, *op. cit.*, T. VIII, nº 326, pp. 403-405. El CC italiano vigente (art. 631) ha seguido ese mismo criterio.

8 En ese sentido, *cfr.*: Polacco, *op. cit.*, T. I, pp. 368-370. Dicho autor sostiene que en el caso en referencia, no cabe sino alguna de las siguientes soluciones: la institución tendría que considerarse nula; o habría que admitir que todas las personas entre quienes el tercero debía escoger al beneficiario, se hacen simultáneamente titulares del legado. Sin embargo, el mismo Polacco no termina por decidirse entre esas dos alternativas.

9 A nuestro juicio y por razones obvias, la copiada norma es igualmente aplicable a las disposiciones del testador en favor de las almas de otras personas.

respecto del beneficiario de la misma; y esa situación tampoco quedaría corregida si el testador, en lugar de instituir genéricamente a su alma, dispone que su patrimonio o parte del mismo se destine a oficios religiosos o a actos de caridad que deban ofrecerse por su alma. A ello debe agregarse que el legislador contemporáneo no ve con buenos ojos las liberalidades testamentarias en favor de obras pías y caritativas –que fueron comunes en el medioevo– por estimar que las mismas se prestan a abusos, al incremento del poder material de la Iglesia y a la elusión de la prohibición de instituir a las Iglesias y a los ministros de cultos religiosos, contenida en el art. 841 CC (*supra*, nos. 24 y 30-2, A).

Nos parece perfectamente claro que la regla del art. 899 CC alude simplemente a "misas" y a "sufragios" –que en estricto rigor son oficios religiosos del culto católico– en razón de que la gran mayoría de la población de Venezuela profesa esa fe; pero en realidad se refiere a toda disposición testamentaria destinada a oficios religiosos o a obras pías, que deban llevarse a cabo por el alma del *de cujus* (o de cualquier otra persona), sea cual fuere la correspondiente confesión.

La ley, sin embargo, no declara nulas esas disposiciones genéricas en favor del alma, como sería lo lógico y lo ortodoxo[10], sino que respecto de ellas consagra la presunción *juris et de jure* de que son o fueron hechas en beneficio del patrimonio de la Nación.

Desde luego, insistimos en que tal presunción únicamente funciona cuando la institución testamentaria se hace en favor del alma del causante (o de otra persona), sin determinar su aplicación o destinándola simplemente a misas, sufragios, usos u obras pías, tal como lo expresa la norma legal en comentario. De manera que no sería el caso cuando el testador dispone en favor de su alma pero determinando la correspondiente aplicación –siempre y cuando no se trate de oficios religiosos o de obras pías–. Aclaremos lo dicho con algunos ejemplos. Es perfectamente válida la siguiente disposición testamentaria: "Instituyo a mi propia alma como mi única y universal heredera; a tal efecto dispongo que con mi patrimonio se constituya una fundación, cuyo objeto será la creación y el mantenimiento de una Universidad que llevará mi nombre". También lo es esta otra: "Lego a mi alma 500, que se destinarán a la dotación de un nuevo quirófano en el Hospital NN, al cual quirófano deberá dársele mi nombre". O la siguiente: "Dispongo que se destine la suma de 100 a la erección de un monumento en mi tumba"[11].

Sin embargo, el ap. del art. 899 CC prevé: "Esto no obsta para que el testador pueda disponer que sus herederos o albaceas lleven a efecto sufragios determinados, con tal que la suma de tales mandas no exceda del dos por ciento líquido de su herencia". De esa manera se logra un cierto equilibrio entre el derecho de practicar el culto

10 Así lo establecía el art. 831 del CC italiano de 1865.

11 *Cas.:* M. 1907, T. I, p. 288.

de su fe religiosa, que garantiza a toda persona el art. 59 CN, con la preocupación tradicional de nuestros políticos y legisladores, por la influencia que pueden ejercer las Iglesias y sus ministros, sobre la ciudadanía.

C. *Instituciones genéricas en favor de los pobres u otras semejantes.*

"Las disposiciones en favor de los pobres u otras semejantes, expresadas en general, sin que se determine la aplicación o establecimiento público en cuyo favor se han hecho, o cuando la persona encargada por el testador de determinarlo no quiere o no puede aceptar este cargo, se entenderán hechas en favor del patrimonio de la Nación" (art. 900 CC).

La norma transcrita concierne, en primer término, a las disposiciones testamentarias en favor de los pobres, hechas de manera genérica, tales como las siguientes: "Lego 500 a los pobres de Venezuela"; o "Lego 100 a los menesterosos de mi parroquia"; etc. Igualmente concierne a otras instituciones genéricas semejantes, tales como las hechas en favor de los enfermos, o de las viudas, o de los niños, etc., en general. Es evidente que en todos esos casos no existe certeza alguna respecto de quiénes son real y verdaderamente las personas favorecidas.

Por otra parte, el art. 900 CC únicamente rige cuando el testador no ha determinado la forma de aplicación o el establecimiento al cual va destinada la disposición, ya que de lo contrario no habría el vicio de la indeterminación del instituido. De manera que serían perfectamente válidas y normales las siguientes instituciones: "Designo como mis únicos y universales herederos a los pobres del Estado Lara; con ese fin, mi patrimonio habrá de destinarse a la creación de una fundación que deberá construir en Barquisimeto y luego administrar y regentar, un hospicio para la atención de la gente necesitada de dicho Estado"; "Lego 500 a los enfermos de cáncer de la ciudad de Caracas; a tal efecto dicha suma será entregada por mis herederos a la asociación civil y sin fines de lucro AA, que mantiene en dicha ciudad un hospital para la atención de quienes padecen tal enfermedad". Para que instituciones como las de los ejemplos propuestos sean válidas, es necesario que la disposición, en definitiva, se destine a una persona natural o jurídica existente para la fecha de apertura de la sucesión o que deba crearse de acuerdo con las correspondientes previsiones testamentarias (*supra*, n° 30-A, A, b). Además, dada la redacción del copiado art. 900 CC, también es válida la disposición testamentaria, cuando se destina su beneficio a determinado establecimiento *público*, aunque el mismo carezca de personalidad (*v. gr.*: "Lego 100 a la atención médica de los menesterosos de la ciudad de Caracas; dicha suma deberá entregarse al Hospital Vargas de dicha ciudad, a fin de que la empléc en la indicada finalidad"); en tal caso, pues, la institución debe considerarse efectuada al patrimonio de la correspondiente entidad político-administrativa de la cual depende ese establecimiento señalado por el testador (patrimonio nacional, patrimonio de determinado Estado o Municipio o Instituto Autónomo, según el caso)[12]

12 Recordemos la doctrina de Casación a que hemos hecho referencia poco antes [nota (3) del presente Capítulo], según la cual no debe considerarse como institución genérica en favor de los

Lo lógico y lo ortodoxo sería que las instituciones genéricas en beneficio de los pobres u otras semejantes, se consideraran nulas por indeterminación o por falta de certeza del instituido. Sin embargo no es así: en tales casos la ley presume de manera absoluta, que la disposición se hizo en favor del patrimonio de la Nación (art. 900 CC).

Igual solución da dicha disposición legal al caso de que la persona encargada por el testador de determinar el ente moral o el establecimiento destinatario de una disposición con la cual se pretende beneficiar a los pobres, o a los enfermos, o a las viudas, etc., no quiera o no pueda aceptar el encargo. Sin embargo y no obstante los términos generales de la redacción de la parte final de dicho art. 900 CC, consideramos que esa hipótesis se limita necesariamente al supuesto de que se trate de una institución a título *particular* y de que el testador haya indicado en su acto de última voluntad, las personas *entre las cuales debe versar la escogencia* por parte del tercero designado, ya que de otra manera se caería en la prohibición contenida en el ord. 2° del art. 898 CC, a que nos hemos referido poco antes (institución de persona incierta, cuya designación se encomienda a un tercero) que, de ser violada, acarrea la nulidad de la institución.

D. *Instituciones fiduciarias.*

Se denomina institución fiduciaria o simplemente fiducia, la disposición de última voluntad que el causante comunica secretamente a su heredero o legatario aparente –también denominado fiduciario– en la confianza de que será fielmente cumplida por éste.

La doctrina clasifica la fiducia, como *ab insteslato* o como testamentaria, según que el sucesor aparente del *de cujus* sea un heredero legal, o fuere un heredero o legatario instituido por acto de última voluntad, respectivamente; y a su vez, subdivide la fiducia testamentaria en propia o en impropia, según que en el testamento se haga o no referencia a que se trata en realidad de una institución sólo aparente[13].

---

pobres, aquélla en la cual el *de cujus* indica en su testamento que los beneficiarios de ella, son las personas pobres que aparecen en la lista que ha entregado separadamente de su albacea, ya que en esa hipótesis se cumplen los extremos señalados en el art. 901 CC (*Cas.*: M.1936, p. 251).También debemos recordar nuestra opinión contraria a la misma.

13 Ejemplos de fiducia testamentaria propia: "Instituyo a NN como heredero fiduciario mío"; "Lego 100 a ZZ para que los entregue a la persona a quien privadamente le he indicado". Ejemplos de fiducia testamentaria impropia: "Instituyo a NN como heredero mío"; "Lego 100 a ZZ"; pero en uno y otro de estos dos últimos casos –aunque nada se indica al respecto en el testamento– el causante ha comunicado en secreto a su heredero o legatario aparente, que la institución no es realmente para él, sino que favorece a otra determinada persona, a quien el fiduciario debe entregar el bien o los bienes correspondientes.
Igualmente sería una institución fiduciaria la aludida en las notas (3) y (12) del presente Capítulo, en favor de "pobres vergonzantes" que no se mencionan en el testamento del causante, sino que éste ha señalado en lista entregada privadamente por él a uno de sus herederos o de sus legatarios (en lugar de a su albacea, que era el caso al cual se refería la sentencia indicada en dichas citas).

El origen remoto de la fiducia, es el fideicomiso romano (*supra*, nº 27), mediante el cual se podía instituir a un fiduciario como heredero o como legatario aparente, pero con el ruego de pasar luego la herencia o el legado a la persona indicada al efecto por el causante[14]. Sin embargo, cuando en realidad se desarrolló la institución fiduciaria, tal como la entendemos en la actualidad, fue durante la Edad Media, bajo el patrocinio de la Iglesia y del Derecho Canónico[15].

El Derecho moderno no ve con buenos ojos ese tipo de instituciones testamentarias, por una serie de razones de peso: en primer lugar, se presta a toda clase de abusos y de incumplimientos, puesto que nadie ni nada puede garantizar que la persona a quien el fiduciario señala como verdadero heredero o como verdadero legatario designado por el causante, es en realidad el escogido por éste y no otro seleccionado a su gusto o conveniencia por el heredero aparente; y, en segundo término, porque la fiducia se presta extraordinariamente bien para beneficiar secretamente a incapaces para suceder por testamento (el fiduciario aparenta recibir la herencia o el legado para sí y luego traspasa los bienes que integran una u otro, al incapaz –verdadero heredero o verdadero legatario– mediante actos simulados como onerosos).

En sintonía con esas corrientes y siguiendo al efecto la orientación del CC italiano de 1865 (art. 829), nuestro legislador ha considerado que –desde un punto de vista práctico– resulta mucho más efectivo negar al heredero o legatario secreto todo derecho y toda acción para reclamar la herencia o el legado en cuestión, que prohibir directamente las instituciones fiduciarias. De ahí la norma del art. 897 CC: "No se admitirá ninguna prueba para demostrar que las disposiciones hechas en favor de una persona designada en el testamento son sólo aparentes, y que en realidad se refieren a otra persona, no obstante cualquiera expresión del testamento que lo indique o pueda hacerlo presumir. Esto no se aplica al caso en que la institución o el legado se ataquen como hechos en favor de incapaces por medio de persona interpuesta".

La copiada disposición merece ciertos comentarios.

Como poco antes hemos dicho, el propósito y la intención del legislador ha sido privar de todo derecho y acción para reclamar la herencia o el legado, a la persona a quien el causante ha instituido secretamente y ello, aunque del propio testamento resulte la evidencia de que el instituido en apariencia, es un simple fiduciario (fiducia propia). En consecuencia, ni siquiera la confesión de éste constituye prueba jurídicamente eficiente de la institución de otra persona como verdadero heredero o como verdadero legatario[16].

---

14 *Institutas*, II, XXIII y XXIV.

15 Al respecto, *cfr.*: De Ruggiero, *op. cit.*, T. II, Vol. II, p. 484; Polacco, *op. cit.*, T. I, p. 344.

16 En el mismo sentido, *cfr.*: Ricci, *op. cit.*, T. VIII, nº 316, pp. 385-388; De Ruggiero, *op. cit.*, T. II, Vol. II, p. 485; Polacco, *op. cit.*, T. I, pp. 348-354; Brugi, *op. cit.*, nº 96, p. 516. *Contra*: Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. VII, nº 103, pp. 214-220; Sanojo, *op. cit.*, T. II, nº 283, pp. 257-258; Dominici, *op. cit.*, T. II, p. 142.

En concordancia con lo antes dicho, resulta necesario también concluir que no existe obligación natural a cargo del fiduciario, para cumplir el encargo secreto que le haya hecho el testador; de manera que si por error (es decir, en la creencia de que tenía obligación legal de hacerlo), el fiduciario entrega la herencia o el legado a la persona que privadamente le indicó el causante, dicho sucesor aparente puede ejercer la acción de pago de lo indebido, para obtener la repetición de lo que haya entregado a tal persona (art. 1.178 CC)[17].

Lo que sucede es que existe cierta equivocada tendencia a confundir las obligaciones naturales con las obligaciones morales, olvidando que las primeras son simplemente aquéllas en las cuales la ley no reconoce al acreedor acción para exigir su cumplimiento, como tampoco reconoce al deudor acción de repetición en caso de haberlas cumplido de manera espontánea; y que, en cambio, las obligaciones exclusivamente morales –aunque sean de rango teleológicamente superior a las legales– carecen de trascendencia jurídica. De manera pues, que la fiducia puede determinar y generalmente determina una obligación moral para el heredero o legatario aparente, quien –en consecuencia– tiene un deber de conciencia de dar cumplimiento a la misma: pero esa situación es absolutamente irrelevante desde el punto de vista jurídico.

Por ello, cuando el fiduciario –procediendo con conocimiento de que no tiene obligación legal alguna al respecto– da sin embargo cumplimiento voluntario al encargo que secretamente le hizo el causante, no deja de ser el verdadero sucesor de éste; ni por ello la persona que en definitiva recibe los bienes comprendidos en la herencia o en el legado, se transforma en causahabiente del *de cujus*, sino que simplemente lo es de dicho heredero fiduciario (y como consecuencia de uno o más actos entre vivos –y no *mortis causa*– que son aquéllos que realicen el fiduciario y el beneficiario final, a fin de que los bienes en cuestión ingresen en el patrimonio del último nombrado).

Por último, el ap. del art. 897 CC sí autoriza excepcionalmente la demostración de que el instituido como heredero o como legatario en un testamento, no es en realidad el verdadero beneficiario de la institución, únicamente cuando se ataca la correspondiente disposición a título universal o a título particular, como hecha a favor de un incapaz, a través de una persona interpuesta. Sobre este particular remitimos a lo que antes hemos expuesto al respecto (*supra*, nº 30-G).

---

17 En el mismo sentido, *cfr.*: De Ruggiero, *op. cit.*, T. II, Vol. II, p. 485; Polacco, *op. cit.*, T. I, pp. 354-356. *Contra*: Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. VII, nº 103, p. 216; Ricci, *op. cit.*, T. VIII, nº 316, pp. 388-389.
El art. 627 CC italiano vigente, si bien proscribe la admisibilidad de la acción de declaración de la fiducia, reconoce de manera expresa que ese tipo de institución genera obligación natural a cargo del fiduciario, salvo que mediante ella se trate de favorecer a un incapaz.

## 56-C. Determinación del objeto de la institución

El objeto de la institución a título universal o a título particular, tiene que ser determinado por el testador, con toda claridad y precisión, pues de lo contrario no podría saberse lo que él ha querido disponer.

Cuando se trata de disposiciones universales es difícil concebir la posibilidad de que las mismas adolezcan de oscuridad o de imprecisión, puesto que sólo podrían plantearse al efecto las siguientes hipótesis:

1) Si el testador no designa sino a *una sóla persona* como heredero testamentario suyo, podría –al propio tiempo– señalar o no la cuota hereditaria que le asigna. En el supuesto de que exista tal asignación, no puede haber duda alguna respecto del objeto de la institución (*v.gr.*: "Instituyo a NN como mi único y universal heredero"; "Instituyo a ZZ por la mitad de mi herencia"; etc.). Y si el testador no señala cuota alguna para el instituido, resulta obvio que éste debe considerarse beneficiario de la totalidad de la herencia, razón por la cual el objeto de la institución también queda determinado con claridad (*v.gr.*: "Designo a NN como mi heredero").

2) Si el testador nombra herederos testamentarios suyos a *más de una persona*, podrían plantearse tres posibilidades: que asigne cuota hereditaria a cada una de ellas; que no asigne cuota hereditaria a ninguna de ellas; y que asigne cuota hereditaria a alguna o algunas de ellas y no la asigne a la restante o a las restantes.

Desde luego, si el causante asigna cuota hereditaria a cada uno de los herederos que nombra, no puede surgir duda alguna –por hipótesis– respecto del objeto de tales instituciones (*v.gr.*: "Instituyo como mis únicos y universales herederos a NN y a ZZ, por partes iguales"; "Designo como herederos míos a NN, por las tres cuartas partes de mi patrimonio y a ZZ por la cuarta parte restante"; "Nombro como mis sucesores, en lo tocante a la mitad de mi herencia, a NN y a ZZ, por partes iguales"; etc.).

Cuando el causante nombra a varios herederos, sea respecto de la totalidad o de determinada porción de su patrimonio, pero no les señala sus correspondientes cuotas, debe considerarse, en virtud de la presunción legal que consagra el art. 760 CC, que todos ellos han sido instituidos por partes iguales, sea de toda la herencia o de la porción determinada de ésta que haya indicado el testador, según fuere el caso: de ahí que en esos supuestos, tampoco puede surgir duda alguna en relación con el objeto de la institución (*v.gr.*: "Instituyo como herederos míos a NN y a ZZ"; "Designo como mis sucesores, en cuanto a una cuarta parte de mi patrimonio hereditario, a NN y a ZZ").

Por último, si el causante ha nombrado herederos suyos a varias personas y a algunas de ellas asigna la respectiva cuota, pero no lo hace así en relación con las otras, tampoco debe resultar inconveniente alguno a los efectos de precisar el objeto de tales instituciones: a los herederos cuya cuota haya sido asignada, les corresponde –desde luego– la respectivamente indicada por el causante; y a los restantes les toca,

por partes iguales (según la aludida presunción del art. 760 CC), el resto de la herencia o de la porción del patrimonio hereditario que haya señalado el testador (*v.gr.*: "Dejo una tercera parte de mi herencia a NN y el resto a XX y a ZZ"; "La mitad de mi herencia corresponderá a NN, XX y ZZ, en el entendido de que los dos primeros tomarán una mitad de esa mitad y la otra mitad de dicha mitad será para ZZ").

De manera que, en términos generales, los problemas relativos a la indeterminación del objeto de la institución, son más bien propios de las instituciones a título particular; lo cual explica por qué el legislador sólo alude a los legados en las normas que consagra sobre esa materia (ord. 3° del art. 898 y ap. del art. 901 CC). Sin embargo, un caso de indeterminación del objeto en una institución universal –que la hace nula– sería el denominado *fideicomiso de residuo*: el causante instituye a una persona como heredero suyo, en el entendido de que a la muerte de dicho instituido, lo que quede de la herencia en cuestión, pasará a otra persona igualmente designada por el *de cujus* (*infra*, nº 69-B, ii).

Aunque lo recomendable, lo deseable y lo ortodoxo es que la determinación del objeto de la institución –en general– o del legado –en particular– aparezca con claridad y precisión en el mismo testamento[18], el ap. del art. 901 CC admite que si el mismo aparece indicado o descrito con inexactitud en el acto de última voluntad, la disposición es válida cuando del contexto de dicho acto o de otros documentos o hechos claros, resulte indubitable la intención del testador.

Aclaremos lo antes expuesto con algunos ejemplos.

A primera vista adolece del vicio de indeterminación del objeto de la institución, la disposición testamentaria que diga simplemente: "Lego mi finca, a NN" (en el supuesto, desde luego, de que el testador fuese propietario de varias fincas). Pero si en otra cláusula o disposición testamentaria, el causante dice: "La finca que he legado a NN es la ubicada en el Municipio Brión del Estado Miranda", resulta entonces que el propio testamento corrige debidamente la indeterminación original del objeto de dicho legado (suponiendo, desde luego, que el *de cujus* no tenga más de una finca en dicho Municipio).

Deben también considerarse claramente determinados los bienes a los cuales se refieren los siguientes legados: "Lego a NN el inmueble que adquirí mediante documento protocolizado en la Oficina Subalterna del Primer Circuito de Registro

18 Lo ideal es que el legado aparezca redactado en forma tan clara, completa y precisa en el propio testamento, que éste, sin otro acto complementario alguno pueda servir de título suficiente al legatario. Así por ejemplo, en tratándose del legado de un inmueble, lo deseable es que el acto de última voluntad no se limite a aludir con precisión el bien en cuestión (*v.gr.*: "Mi casa de Caracas ubicada en la Avenida Urdaneta, entre las esquinas de Veroes e Ibarras, Nº 10"), sino que además señale su área, sus linderos, medidas y demás determinaciones, así como los datos de registro o de inscripción en notaría, según se trate del documento que pruebe su adquisición por parte del testador.

del Municipio Libertador del Distrito Federal, el 12 de marzo de 1987, bajo el N° 37 del Protocolo 1°, Tomo 15"; "Lego a ZZ la finca que hube por donación de mi padre" (suponiendo, en este caso, que el padre del testador sólo le hubiere donado una finca).

En todo caso –es decir, tanto en lo relativo a las instituciones de herencia como a las de legados– si el objeto de ellas no aparece determinado con certeza y precisión, de una u otra manera, en el propio testamento y tampoco fuere posible lograr su determinación en base a otros documentos o hechos indubitables, la respectiva disposición testamentaria es *nula*.

De ahí que, por vía de consecuencia, el art. 898 CC establezca: "Es nula toda disposición:... 3° Que deje al heredero o a un tercero libre facultad de determinar el objeto de un legado. Se exceptúan los legados que se ordenen a título de remuneración por servicios prestados al testador en su última enfermedad".

En efecto, si se deja al heredero o a otra persona la facultad de determinar el objeto del legado, ya no se trataría de la voluntaddel testador –quien se supone hace la ordenación– sino de la voluntad de dicho heredero u otra persona, motivo por el cual sería evidente la indeterminación del objeto de esa institución a título particular.

Pero no sería ése el caso, cuando el testador dispone como objeto de su legado una cosa comprendida en un género o una especie (*v.gr.*: cien toneladas de trigo), cuya determinación encarga al heredero, a un tercero o al propio legatario beneficiario (arts. 934-936 CC) (*infra*, n° 63-C); ni tampoco cuando el causante instituye un legado alternativo (*v.gr.*: "Lego a NN mi automóvil o mi escritorio") (art. 937), cuya escogencia encarga al heredero, a un tercero o al mismo legatario beneficiario (*infra*, n° 63-H). En tales hipótesis el testador ha determinado con claridad el objeto o los posibles objetos del legado, sólo que ha designado a otra persona para que lleve a cabo la correspondiente escogencia.

La única excepción autorizada por el legislador, como hemos visto, se refiere al objeto de los legados remuneratorios de servicios prestados al causante durante su última enfermedad y ella se explica simplemente por circunstancias de orden práctico: el causante desea remunerar, mediante legados, eventuales servicios que le sean prestados durante su última enfermedad; pero es obvio, precisamente porque se trata de legados remuneratorios, que le es imposible determinar por adelantado el objeto de los mismos, en forma que guarde proporción con la magnitud e importancia de esos servicios; por otra parte, cuando éstos sean prestados, ya el testador habrá fallecido; de manera que la única forma posible de resolver de hecho la referida situación, es encomendando a una persona de confianza, la determinación del objeto de los legados en cuestión.

## 57. MODALIDADES DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS

Las instituciones de herederos y de legatarios pueden ser hechas por el testador de manera pura y simple, o sometidas a alguna modalidad.

Las modalidades de las disposiciones de última voluntad, como elementos accesorios de los actos y negocios jurídicos en general, son tres: el término, la condición y el modo.

No es nuestro propósito hacer aquí un estudio *in extenso* de esas modalidades, puesto que ello más bien corresponde a la materia del acto o negocio jurídico en general. Nos limitaremos a hacer referencia a las reglas propias y específicas de las modalidades que rigen en cuanto a las disposiciones testamentarias.

El *término*, referido a las disposiciones de última voluntad, es el acontecimiento futuro pero cierto, del cual el causante pretende hacer depender la exigibilidad o la extinción del derecho del instituido, a la herencia o al legado (art. 1.211 CC).

Es *inicial* o *suspensivo*, cuando su finalidad es retardar la exigibilidad de ese derecho; y es *final* o *extintivo*, cuando se dirige a hacerlo desaparecer. También puede ser *cierto* o *incierto*, según que se conozca o no por anticipado, el momento o la época de su realización o acaecimiento (art. 1.211 CC).

La *condición*, a su vez y también referida a las instituciones de heredero y de legatario, es el acontecimiento futuro e incierto del cual el testador hace depender el nacimiento o la extinción del derecho a la herencia o al legado (art. 1.197 CC).

Es *suspensiva*, si de su ocurrencia depende el nacimiento del derecho a la herencia o al legado; y es *resolutoria*, cuando su cumplimiento determina la extinción del derecho a la institución universal o particular (art. 1.198 CC). Es *casual* cuando la ocurrencia del acontecimiento en cuestión depende por completo del azar; es *potestativa* si su ocurrencia depende de la voluntad del instituido; y es *mixta*, cuando el acaecimiento de la condición depende, a la vez, de la voluntad del instituido y de la de un tercero determinado (*v.gr.*: "si contraes matrimonio con AA") o del acaso. A su vez, la condición potestativa es *puramente* potestativa si su realización depende exclusivamente de la decisión arbitraria o del capricho del instituido; y *simplemente* potestativa si su realización depende en parte de la voluntad del instituido y, en parte, de otras circunstancias o de la voluntad de un tercero indeterminado (*v.gr.*: "si contraes matrimonio") (art. 1.199 CC).

La condición es *imposible* cuando de ninguna manera se puede cumplir, ya sea por razones físicas o materiales, o bien por circunstancias de índole legal; y es *ilícita* o *inmoral*, cuando atenta contra reglas legales en las cuales está interesado el orden público o contra las buenas costumbres.

Por último, el *modo*, igualmente referido a las disposiciones testamentarias, es la carga, el encargo o la obligación –diferente del legado y también distinta de la condición– que el causante impone al heredero o legatario a quien instituye.

En ciertos casos puede resultar confuso calificar la modalidad que afecta una disposición de última voluntad; entonces, corresponde al intérprete –o al juez, si fuere el caso– escudriñar al efecto la verdadera intención del testador.

Ese tipo de problemas puede plantearse, principalmente, entre la condición suspensiva y el término incierto y entre la condición –suspensiva o resolutoria– y el modo.

Por ejemplo, una institución concebida en los siguientes términos: "Lego mi casa de campo a NN, si éste llega a cumplir treinta años" ¿debe calificarse como término o como condición? Desde luego, se trata de una condición suspensiva y no de un término incierto, puesto que la disposición queda sometida a que el instituido, en efecto, llegue a cumplir treinta años, lo cual en verdad es un acontecimiento futuro e incierto, ya que podría fallecer con anterioridad y entonces, el legado quedaría sin efecto. En cambio si el testador ha dicho: "Lego mi casa de campo a NN, pero este legado sólo será efectivo el 10 de enero de 2010, que corresponderá al trigésimo aniversario de su nacimiento", parece más bien que se trata de un término inicial, pues ya no es el caso de que el causante haya querido dejar el legado bajo la condición de que el instituido cumpliera determinada edad, sino de que dicha institución a título particular ha sido concebida bajo término suspensivo.

Si el testador ha establecido: "Instituyo como mi único y universal heredero a ZZ, quien deberá mandar a decir diez misas por el descanso de mi alma, antes de que se cumplan tres meses de mi fallecimiento" ¿estaremos en presencia de una institución modal o de una institución bajo condición suspensiva o resolutoria? Parece claro que se trata de lo primero, ya que el causante no sometió el nacimiento o la extinción del derecho del instituido a la herencia, a la circunstancia de que efectivamente fuese cumplido oportunamente el encargo de las misas, sino que éstas más bien constituyen una carga especial de esa institución. Diferente sería la situación, si la institución testamentaria dijese: "Instituyo como mi único y universal heredero a ZZ, pero siempre y cuando éste, antes de cumplirse los tres meses de mi muerte, hubiere mandado a decir diez misas por el descanso de mi alma"; aquí la disposición se sometió al cumplimiento de una condición, por parte del instituido, dentro de determinado plazo (y no a una carga especial o modo).

## 57-A. El Término

Dispone el art. 916 CC: "Se tiene por no puesto en una disposición a título universal, el día desde el cual deba la misma comenzar o cesar"[19].

19 La citada regla legal proviene del Derecho Romano; al respecto, *cfr.: Institutas*, II, XIV, 9.

De manera que la institución testamentaria del heredero, no puede hacerse a término inicial ni final: es la supervivencia de la regla romana *semel heres, semper heres* (una vez heredero, heredero para siempre), que allá se explicaba perfectamente, puesto que los aspectos patrimoniales de la sucesión universal eran completamente secundarios al lado de las implicaciones religiosas, políticas y familiares de la misma, que hacían inconcebible la figura del heredero temporal.

En el Derecho moderno suele explicarse la inadmisibilidad del *dies* en la institución del heredero, como una consecuencia del principio según el cual el mismo continúa y representa, sin solución de continuidad, la voluntad del causante (*supra*, nº 6, A). Sin embargo, tal razonamiento carece en realidad de consistencia teórica, puesto que si se tratara de institución de heredero a término inicial, una vez vencido el mismo, el efecto de la aceptación de la herencia por dicho sucesor, se retrotraería precisamente a la fecha de la muerte del *de cujus*, por disposición del art. 1.001 CC; y si se tratase de institución de heredero a término final, al cumplirse éste, la herencia correspondería a otro heredero diferente, cuya aceptación también tendría efecto retroactivo a la fecha de la apertura de la sucesión, por mandato de la misma disposición citada. En consecuencia, el heredero definitivo –en uno y otro caso– tendría que reputarse que lo es, siempre, desde la misma fecha de la muerte del *de cujus* (*supra*, nº 7-C, *in fine*).

De manera, pues, que hoy en día el verdadero fundamento de la imposibilidad legal de instituir a término el sucesor universal, es el interés –de orden público– de evitar las confusiones, los inconvenientes y los problemas que derivan de la existencia de un heredero provisional o temporal, durante el período comprendido entre la fecha de la apertura de la sucesión y la del vencimiento del término inicial o final, el cual sería luego sustituido –al vencer ese plazo– por el heredero definitivo[20].

La adición de un término a la institución del heredero no hace nula la correspondiente disposición testamentaria, sino que dicho *dies* se tiene por no puesto y la institución se considera pura y simple, por mandato legal[21].

Ese mandato del art. 916 CC, empero, sufre una importantísima excepción que aparece implícitamente reconocida por el art. 919 *ejusdem*, cuyo texto es el siguiente: "La condición que según la intención del testador no hace más que suspender la eje-

20 En Venezuela, por lo demás, ya hemos escarmentado esos graves problemas, pues con anterioridad al CC de 1916, nuestra legislación admitía las instituciones universales a término y, a tal efecto, reconocía la figura del *heredero usufructuario* (que era el heredero temporal) (*supra*, nº 26). Al respecto, *cfr.*: art. 818 CC de 1904; art. 812 CC de 1896; art. 791 CC de 1880; art. 785 CC de 1873.

21 Creemos conveniente aclarar que, en el caso –realmente poco probable– de que el testador haya expresado que si no fuere válido el término con el cual ha afectado determinada disposición a título universal, entonces toda la institución –y no sólo dicha modalidad– debe tenerse como no escrita o como no hecha, tal voluntad del causante, a nuestro juicio, privaría sobre la norma del art. 916 CC: en efecto, si bien la institución del heredero a término es contraria al orden público, en cambio no lo sería la previsión de dejarla totalmente sin efecto, de no reconocer la ley eficacia a la voluntad del testador, en la forma precisa como éste quería instituir.

cución de la disposición testamentaria, no impide que el heredero o legatario tenga un derecho adquirido y transmisible a sus herederos, aun antes del cumplimiento de la condición".

En efecto, si la disposición testamentaria sometida a ese tipo de "condición" hace nacer el derecho del instituido sobre el objeto de la institución, aun antes del cumplimiento de la referida modalidad, es indiscutible que el legislador reconoce plena validez y eficacia a la misma. Ahora bien, la "condición" que "no hace más que suspender la ejecución de la disposición testamentaria", no es otra cosa que un *término* inicial, puesto que de tratarse de una verdadera condición, la misma no dejaría simplemente en suspenso la *ejecución* de la disposición a la cual se refiere, sino que en realidad pondría en suspenso la existencia misma de ella; pero, por otra parte, no se trata de un término cierto, toda vez que la propia naturaleza de éste, impide relacionarlo en forma alguna con una condición: la norma, pues, concierne únicamente al *término incierto*, es decir, a un acontecimiento futuro cuya realización se sabe ciertamente que ocurrirá, aunque se ignora cuándo[22]. Ejemplos: "Instituyo a NN como mi heredero, pero tal institución sólo será efectiva al fallecer ZZ" (se sabe ciertamente que ZZ habrá de fallecer, pero no se conoce de antemano la fecha de ese acontecimiento); "Instituyo heredero mío a MM, cuando XX deje de ser concejal" (igualmente es seguro que algún día XX dejará de ser concejal –por renuncia o por vencimiento de su período o por su no reelección o, en última instancia, por su fallecimiento– pero se ignora el momento cuando ello ocurrirá).

Se trata, pues, de que nuestro Derecho continúa admitiendo la regla romana según la cual *dies incertus conditionem in testamento facit* (en materia testamentaria, el término incierto se considera como una condición)[23]. En consecuencia, cuando la institución de heredero ha sido hecha bajo término incierto, la ley la considera como sometida a una condición suspensiva y no como institución a plazo, por lo cual tanto la modalidad como la disposición misma, son válidas y eficaces[24].

Sin embargo, no toda disposición de última voluntad, hecha a término incierto, se beneficia de la excepción que ahora nos ocupa. Dada esa naturaleza del art. 919 CC, éste debe aplicarse restrictivamente; y como el mismo sólo alude la modalidad que "no hace más que *suspender* la ejecución de la disposición", no puede extenderse a las instituciones a término incierto *final*, ya que en éstas la ejecución no queda en

---

22 No hay discusión alguna en la doctrina, respecto de lo expuesto. Al respecto, *cfr.:* Ricci, *op. cit.*, T. VIII, nº 353, p. 486; Polacco, *op. cit.*, T. I, pp. 478-479; Cicu, *op. cit.* (*Testamento*), nº 4, p. 291; Laurent, *op. cit.*, T. XIII, nos. 535-536, pp. 589-592; Planiol & Ripert, *op. cit.*, T. V, nº 637, p. 677; De Page, *op. cit.*, T. VIII-1, nº 268, 5º, pp. 366-367 y nº 283, pp. 377-378; etc.

23 *Institutas*, XXXV, I, 75.

24 Salvo, desde luego, que la modalidad afecta le legítima de un heredero legitimario, pues como sabemos, ella se debe en plena propiedad al heredero legitimario y no puede ser sometida a carga o condición alguna (art. 883 CC) (*supra*, nº 46, 3).

suspenso hasta la llegada del *dies*, sino que tiene lugar de inmediato (por lo que la institución de heredero a término incierto final, ha de ser considerada como hecha pura y simplemente, a tenor de la regla del art. 916 CC). Por otra parte, estimamos que la norma excepcional en referencia, tampoco funciona cuando el acontecimiento futuro que constituye la modalidad, es *la propia muerte del instituido* (*v.gr.*: "Instituyo a AA como mi heredero, cuando él fallezca"), sino que en tal hipótesis necesariamente debe aplicarse el principio general contenido en el art. 916 CC y considerarse que el aludido término incierto no fue escrito, por lo que la institución ha de ser considerada pura y simple: ese criterio lo basamos en que la vigencia de la regla romana en referencia debe estar sometida a las mismas limitaciones que al respecto establecía el Derecho Romano y éste no admitía que la disposición testamentaria sometida al acaecimiento de la muerte del heredero o del legatario, tuviera el valor y el efecto de una condición suspensiva[25]; a más de que tal forma de instituir carecería de consistencia y de seriedad.

La referida regla *dies incertus conditionem in testamento facit*, tenía sentido entre los romanos, en razón de que ese pueblo siempre trató de salvaguardar a ultranza la validez del testamento y de respetar inalteradamente la última voluntad del *de cujus*; de ahí que el Derecho Romano llevara a cabo toda clase de maniobras para lograr uno y otro propósitos.

Pasó después al Derecho Medieval de origen germánico, aunque éste, en cambio, no adoptó la norma romana según la cual no podía instituirse heredero testamentario a término[26].

Lo que acabamos de decir explica, a su vez, que el Código Napoleón no contuviera previsión alguna dirigida a impedir las instituciones universales a término inicial o final (que aun siguen siendo válidas en el Derecho francés); e, igualmente, que el art. 1.041 de ese mismo CC, consagrara una norma de acuerdo con la cual "la condición que, según la intención del testador, no hace sino suspender la ejecución de la disposición, no impide al heredero instituido o al legatario, tener un derecho adquirido y transmisible a sus herederos".

Lo que en cambio sí resulta difícil entender, es por qué el CC italiano de 1865, luego de establecer que "se tiene por no puesto en una disposición a título universal el día desde el cual la misma deba comenzar o cesar" (art.851), procediera a copiar, en su art. 854, la antes transcrita disposición del CC francés, que se refiere –precisamente– a casos de instituciones universales o particulares a término incierto. Al actuar de esa manera, el legislador italiano aprobó, simultáneamente, dos normas legales que son

25 Al respecto, *cfr.*: *Digesto*, XXXV, I, 79.

26 Al respecto, *cfr.*: Pothier, *Traité des Donations Testamentaires*, Chap. V., Sect. II, Pr. I; Laurent, *op. cit.*, T. XIII, nº 535, p. 589; De Page, *op. cit.*, T. VIII-1, nº 283, pp. 377-378.

–en realidad– parcialmente contradictorias entre sí (en lo relativo a las instituciones a título universal)[27].

Por nuestra parte, en Venezuela, desde 1916 hemos venido insistiendo en la contradicción de copiar en nuestros CC, tanto el art. 851 como el art. 854 del CC italiano de 1865[28]. Sin embargo, la norma del art. 7° CC no nos deja otra alternativa que aplicarlos simultáneamente.

Por el contrario, el término inicial o final, cierto o incierto, es perfectamente válido y eficaz en las disposiciones testamentarias a título particular, pues en tales casos no se plantean los antes aludidos problemas teóricos y prácticos que afectan a las instituciones universales a plazo.

Como en todo acto jurídico en general, el legatario instituido a término se hace titular del objeto de la institución –una vez efectuada la respectiva aceptación– desde la misma fecha de la apertura de la sucesión, toda vez que el efecto de esa modalidad consiste simplemente en suspender o aplazar la exigibilidad del derecho al cual se refiere, pero no el nacimiento del mismo (si se trata de término inicial), o en poner fin a ese derecho (si fuere el caso de término final) (art. 1.211 CC). De ahí que el legatario a término suspensivo o inicial tiene derecho a su legado aun antes del vencimiento del plazo que lo afecta (aunque no puede ejercerlo o exigirlo, sino cuando el término haya vencido); y tal derecho, desde luego, se transmite a los herederos de dicho legatario, si él fallece antes del vencimiento del *dies*. Y si se trata de término final o extintivo, es obvio igualmente que el legatario instituido bajo esa modalidad, también tiene derecho al legado desde la fecha de la apertura de la sucesión, el cual puede ejercer de inmediato y es igualmentge transmitible a sus herederos; sólo que cuando se cumpla el plazo, desaparece el derecho en cuestión. Exactamente lo mismo acontece cuando la institución, universal o particular, se ha hecho bajo término inicial incierto: aunque el plazo en cuestión es entonces tratado como una condición suspensiva, según acabamos de reseñar, el art. 919 CC dispone que también en ese caso el instituido adquiere su derecho a la herencia o al legado desde la fecha de la apertura de la sucesión, de manera que si muere antes de que se cumpla el evento en cuestión, el derecho a la herencia o al legado respectivo, pasa a sus herederos.

Empero, lo expuesto en el párrafo precedente no constituye materia de orden público, razón por la cual el testador bien puede disponer que el derecho del instituido desaparezca y no pase a sus respectivos herederos, en caso de que muera antes del vencimiento del plazo, sea éste cierto o incierto[29].

---

27 El vigente CC italiano de 1942 ha corregido dicha irregularidad, al eliminar la referida disposición que contenía el art. 854 CC de 1865.

28 Arts. 905 y 908 CC de 1916; arts. 905 y 908 CC de 1922; y arts. 916 y 191 CC de 1942.

29 Estimamos que ése es, precisamente, el sentido de la expresión "según la intención del testador", que figura en el comentado art. 919 CC.
Dicha frase tiene otro sentido en el CC francés (art. 1.041) de donde fue copiada, pues como ya hemos dicho, esa legislación reconoce la eficacia del *dies* en las instituciones testamentarias tanto

## 57-B. La Condición

Dice el art. 913 CC: "La disposición a título universal o particular puede hacerse bajo condición"[30]. Pero, evidentemente, el testador no puede afectar con dicha modalidad la legítima que corresponda a su heredero, toda vez que el ap. del art. 883 CC prohibe someter a carga o a condición la porción indisponible de la herencia (*supra*, nº 46, 3).

Desde el Derecho Romano se admite que la condición no crea, en materia de disposición universal, los problemas que en cambio sí surgen con la institución del heredero a término (*supra*, nº 57-A), en razón del efecto retroactivo de la condición cumplida (art. 1.209 CC): una vez que ello ocurre, tiene que considerarse al instituido como sucesor del *de cujus* desde el propio momento de la muerte de éste (si se trata de condición suspensiva) o que jamás lo fue (si se trata de condición resolutoria). Por eso no cabe siquiera pensar que pueda producirse vacío alguno en la sucesión del *de cujus* por el heredero.

Empero, dicha regla legal concerniente al efecto retroactivo de la condición cumplida, sufre una excepción en materia testamentaria: la institución a título universal o particular, hecha bajo condición *suspensiva*, queda sin efecto cuando la persona favorecida muere antes del cumplimiento de dicha modalidad (art. 918 CC); por tal razón, en el supuesto de que esa condición se cumpla después del fallecimiento del instituido, ya no se reputa que ello sucedió en el mismo momento de la apertura de la sucesión.

La doctrina es concorde respecto de que dicha excepción se basa en la interpretación que hace el legislador de la voluntad presunta del testador y, por consiguiente, éste puede disponer otra cosa en su acto de última voluntad[31].

Nada se opone a que el testador fije en su testamento un término o plazo dentro del cual debe o no cumplirse la condición suspensiva o resolutoria que afecta

---

universales como particulares; por esa circunstancia, el legislador francés ordena al intérprete indagar la intención del testador, para determinar si en realidad ha querido someter su institución a un término (incierto) o a una condición (suspensiva) y poder, entonces, precisar si el derecho del instituido nace o no antes de que se realice el acontecimiento que constituye la modalidad. En Venezuela no tiene sentido esa manera de analizar la norma del art. 919 CC, pues sabemos que la única forma de poderla aplicar a las instituciones universales, es entendiéndola como una supervivencia de la regla romana *dies incertus conditionem in testamento facit*, ya que de lo contrario tropezaríamos con la barrera del art. 916, que obliga –en tal caso– a considerar no puesto el plazo. Por otra parte, carecería de base seria reconocer la vigencia de dicha excepción respecto de instituciones a título universal y no hacerlo igualmente en relación con los legados (pues en el Derecho Romano regía para unas y otras).

30 La citada regla nos viene del Derecho Romano; al respecto, *cfr.*: *Institutas*, II, XIV, 9 (institución condicional del heredero) y *Digesto*, XXXV, I, 1 (institución condicional del legatario).

31 Al respecto, *cfr.*: Planiol & Ripert, *op. cit.*, T. V, nº 718, pp. 775-776; Colin & Capitant, *op. cit.*, T. VIII, p. 54; De Page, *op. cit.*, T. VIII-1, nº 268, p. 367; etc.

la institución (*v.gr.*: "lego 100 a NN, si se gradúa de médico dentro de los diez años siguientes a mi muerte"; "Instituyo a XX como único y universal heredero, siempre y cuando no viaje a Suiza durante los tres años siguientes a a mi fallecimiento"). Dentro de esos supuestos, si la condición suspensiva no se cumple dentro del plazo fijado por el causante, la institución no es eficaz (aunque eventualmente se cumpla con posterioridad); y de manera, similar, en caso de cumplirse la condición resolutoria dentro del término especificado por el testador, la institución queda sin efecto (pero es irrelevante que se cumpla fuera del término previsto al efecto por el *de cujus*).

Pasamos ahora a referirnos a ciertos tipos específicos de condiciones, sea porque los mismos hayan dado lugar a discrepancias doctrinarias o bien en razón de que las reglas que les son aplicables, difieren de las comunes y generales de esa modalidad.

A. *Condición resolutoria.*

Dada la similitud existente en materia de Sucesiones, entre el CC italiano de 1865 y el CC venezolano, conviene señalar que en Italia, la doctrina anterior a 1942, discutía la validez de la condición *resolutoria* en las instituciones de heredero; tal discusión, en cambio, no se planteó jamás en lo relativo a disposiciones testamentarias a título particular, respecto de las cuales siempre se admitió la validez de someterlas a condición resolutoria[32].

En efecto, algunos autores sostenían que, como la condición resolutoria produce efectos similares a las de un término final, debía igualmente considerarse no puesta o no escrita en las disposiciones a título universal, de acuerdo con la norma que figuraba en el art. 851 CC italiano de 1865 (equivalente a la del art. 916 de nuestro CC). De lo contrario –se argumentaba– quedaría violada la regla de la irrevocabilidad de la aceptación de la herencia (art. 942 CC italiano de 1865, equivalente al art. 1.010 CC venezolano); roto el principio de la perpetuidad del título de heredero; y abierta la vía para disponer sustituciones fideicomisarias, prohibidas por el art. 899 de dicho CC italiano[33].

Por nuestra parte, tanto razones de orden teórico como circunstancias de hecho, nos obligan a sumarnos a la opinión de que las instituciones testamentarias de heredero pueden ser válidamente sometidas a condiciones resolutorias.

---

32 El CC italiano de 1942 eliminó toda duda al respecto, al consagrar expresamente la posibilidad de adicionar condiciones suspensivas o resolutorias, tanto a las instituciones de heredero como a las de legatario (art. 633).

33 En ese sentido, *cfr.*: Ricci, *op. cit.*, T. VIII, nº 348, pp. 473-474; De Ruggiero, *op. cit.*, T. II, Vol. II, p. 849; etc. No obstante, la gran mayoría de la doctrina italiana anterior a 1942, se pronunciaba por la validez de la condición resolutoria en las instituciones de heredero; al respecto, *cfr.*: Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. VII, nº 113, pp. 242-243; Polacco, *op. cit.*, T. I, pp. 459-464; etc. Y esta última, ha sido también la posición tradicional en los autores patrios; al respecto, *cfr.*: Sanojo, *op. cit.*, T. II, nº 300, p. 268; Dominici, *op. cit.*, T. II, p. 155; Farrera, *op. cit.*, nº 250; p. 210; Ramirez, *op. cit.*, T. II, pp. 252-253.

En primer término, la citada norma del art. 913 CC, admite de manera general y sin limitación alguna –expresa o tácita– que toda disposición testamentaria, sea de institución de heredero o de legatario "puede hacerse bajo condición"; de ahí que la lógica nos lleve a concluir que, si el legislador no hubiese querido admitir la eficacia de la condición resolutoria en las instituciones universales, no podía haberse expresado en forma tan amplia e irrestricta. En segundo lugar, a diferencia de lo que acontece con el término (inicial o final), la condición resolutoria cumplida (lo mismo que la suspensiva) se tiene legalmente por realizada desde la fecha efectiva del negocio jurídico al cual se refiere (efecto retroactivo) (art. 1.029 CC); por esa razón, el heredero instituido bajo condición resolutoria que luego se cumple, debe reputarse como que jamás fue llamado a la herencia del causante. Existe además la circunstancia de que el art. 920 CC (al cual aludiremos de nuevo poco más adelante), consagra la validez y señala las consecuencias de la institución hereditaria o del legado dispuesto bajo la condición de que el instituido *no haga* o *no dé* algo, lo cual no es sino una institución universal o particular sometida a condición resolutoria[34]. Por otra parte, el art. 41 LIS determina la forma como debe calcularse y liquidarse dicho gravamen fiscal, "cuando la herencia o legado se hubiere instituido bajo condición resolutoria", lo cual pone a las claras de manifiesto que nuestro legislador admite ese tipo de condición, tanto para las disposiciones universales como para las particulares[35]. Finalmente, el argumento de que no es admisible la condición resolutoria en la institución de heredero, en razón de que permite eludir la prohibición de las sustituciones fideicomisarias, no tiene sentido en nuestra legislación, que sí autoriza ese tipo de sustituciones (art. 963 CC) (*infra*, nº 69-B); y tampoco lo tenía bajo el imperio del CC italiano de 1865, ya que el mismo no permitía las sustituciones fideicomisarias en las instituciones de heredero, ni tampoco en las de legatarios, motivo por el cual resultaba absolutamente ilógico sostener, en base a dicho argumento, que la condición resolutoria no podía funcionar en la institución universal, pero en cambio sí podía hacerlo en la particular.

En caso de cumplirse la condición resolutoria que afecta a la institución universal o particular, desaparece retroactivamente la cualidad del respectivo heredero o legatario (art. 1.209 CC), motivo por el cual uno u otro tiene que restituir todo cuanto haya recibido. Ese efecto retroactivo de la condición cumplida, determina la desaparición automática de todos los actos de disposición que el heredero o legatario bajo condición hubiere llevado a cabo *medio tempore* con los bienes que componen la herencia o le legado, en virtud del principio general *resoluto jure dantis resolvitur est jus accipientis*; en consecuencia, quedan entonces sin efecto las enajenaciones y los gravámenes de que hubieren sido objeto tales bienes.

---

34 El sector de la doctrina italiana (anterior a 1942), opuesto a reconocer eficacia a la condición resolutoria en instituciones de heredero, ante el problema que le representaba dicha norma (que igualmente aparecía en el art. 855 del citado CC de 1865), recurría al sofisma de calificar como "suspensiva potestativa negativa" y no como resolutoria, la condición allí aludida.

35 Por lo demás, el núm. 1 del art. 38 COT, confirma la aludida regla del art. 41 LIS.

Existe sin embargo una excepción al respecto: el heredero o legatario condicional, como poseedor de buena fe que era de los bienes en cuestión, no está obligado a restituir los frutos de los mismos, sino únicamente los que se perciban o produzcan a partir de la fecha de su citación para la demanda de restitución (art. 790 CC). La generalidad de la doctrina estima que más que excepción, dicha regla constituye un principio general admitido por el CC en todos los demás casos similares, a saber: art. 1.095 (respecto de la restitución de las cosas sujetas a colación); final del primer ap. del art. 1.466 (en relación con la restitución de los bienes donados, como consecuencia de la revocación de la liberalidad por ingratitud del donatario o por supervivencia de hijos al donante); y art. 1.471 (para la restitución de las donaciones que deben sufrir reducción, por razón de lesión de la legítima correspondiente a los herederos forzosos)[36].

Así como el heredero o legatario instituido bajo condición resolutoria que se cumple, debe reintegrar o devolver los bienes que constituyen el objeto de la institución –según acabamos de ilndicar – él, a su vez, tiene el derecho de exigir el reembolso del costo de las mejoras y los gastos de conservación que haya efectuado respecto de los bienes en cuestión y, por otra parte, ha de responder por los deterioros y desmejoras de los mismos, que le fueren imputables. Al respecto son aplicables, por analogía, las reglas que sobre el particular consagran los arts. 1.100-1.102 CC, para la materia de la colación, que anteriormente hemos expuesto de manera sinóptica en el Capítulo IX *supra*, nº 55, 7) y que más adelante estudiaremos con más detenimiento (*infra*, nº 148-C).

B. *Condición puramente potestativa.*

En lo tocante a actos jurídicos entre vivos, dispone el art. 1.202 CC, que "la condición contraída bajo una obligación que la hace depender de la sola voluntad de aquél que se ha obligado, es nula"; y el art. 1.448 *ejusdem*, repite: "Es igualmente nula toda donación hecha bajo condiciones cuyo cumplimiento dependa de la exclusiva

---

36 En el mismo sentido, *cfr.*: Ricci, *op. cit.*, T. VIII, nº 349, p. 476; Planiol & Ripert, *op. cit.*, T. VII, nº 1042, p. 357; Colin & Capitant, *op. cit.*, T. VIII, p. 54; De Page, *op. cit.*, T. I, nº 167, p. 216 y T. VIII-1, nº 309, p. 397; Sanojo, *op. cit.*, T. III, nº 60, pp. 69-70; Dominici, *op. cit.*, T. II, pp. 654-655; Maduro Luyando & Pittier Sucre, *op. cit.*, T. I, nº 557, pp. 323-324; etc.
En cambio, Pacifici-Mazzoni (op. cit., T. VII, nº 165, p. 333) Polacco (*op. cit.*, T. I, p. 535-536), Laurent (*op. cit.*, T. XVII, nº 85, pp. 102-104) y otros, opinan que el heredero o legatario instituido bajo condición resolutoria que se cumple, también está obligado a la restitución de todos los frutos producidos por los bienes que integran la herencia o el legado, desde la fecha de la apertura de la sucesión del causante. Ese otro criterio se basa, a su vez, en dos razones: la primera, que el legislador no ha consagrado excepción alguna al efecto retroactivo de la condición resolutoria cumplida, en materia e frutos; y la segunda, que al cumplirse dicha condición queda borrado el justo título con el cual el instituido bajo la misma comenzó a poseer, por lo cual mal podría entonces ser calificado como poseedor de buena fe.
Finalmente, cabe observar que el art. 646 CC italiano de 1942 ha terciado en la referida discusión, al consagrar, de manera expresa, que "el heredero o legatario, en el caso de condición resolutoria, no está obligado a restituir los frutos sino desde el día en el cual se ha cumplido la condición".

voluntad del donante". En otras palabras, por lo que respecta a los negocios entre vivos, la condición suspensiva puramente potestativa, cuyo cumplimiento depende del deudor u obligado, afecta de nulidad todo el acto al cual se refiere. La doctrina explica dicha sanción, en función de que existe interés social en no dar cabida a actos y convenciones concluidos sin ánimo serio, por el perjuicio que de ello puede derivar para la colectividad en general y para la libre y correcta circulación de los bienes[37].

Ahora bien, esa problemática no surge ni se plantea en materia de instituciones testamentarias, puesto que –por una parte– el testador no es obligado o deudor del heredero ni del legatario; como tampoco uno u otro de éstos últimos lo es de aquél. Por otra parte, según dijimos con anterioridad, la voluntad testamentaria debe ser absolutamente libre (*supra,* nº 31), razón por la cual tiene que derivar –exclusivamente– del puro arbitrio del causante; y, en cuanto concierne al instituido, también sabemos que en el Derecho moderno no existen sucesores necesarios, motivo por el cual depende de la exclusiva voluntad de la persona llamada por el testamento, aceptar o no lo que se le deja (*supra,* nº 45).

Dicho de otra manera: tanto la institución de los herederos y legatarios, por parte del *de cujus*, como la aceptación de la herencia o del legado por parte del instituido, necesariamente dependen de condiciones puramente potestativas (que el testador quiera hacerlo y que el instituido quiera aceptar), por lo que es obvio que ese tipo de condiciones, en materia de testamentos, no afecta la plena validez de la correspondiente disposición[38].

C. *Condición que depende del arbitrio de un tercero.*

En términos generales, este tipo de condición es perfectamente válido y produce plenos efectos, cuando se refiere a un negocio jurídico entre vivos, independientemente de que la misma consista en la mera voluntad arbitraria del tercero (*v.gr.*: "Te vendo mi auto, si mi hijo no se opone") o en algún acto que ese tercero deba realizar (*v.gr.*: "Te vendo mi auto, si mi hijo compra otro").

Pero en lo relativo a las instituciones testamentarias, la situación no es exactamente igual. En efecto, la institución universal o particular que depende del absoluto arbitrio de un tercero (*v.gr.*: "Instituyo heredero a AA, si XX no lo objeta"), equivale a instituir a una persona incierta, cuya designación encomienda el testador a un ter-

---

37 Al respecto, *cfr.*, en la doctrina venezolana: Ramírez, *op. cit.*, T. II, p. 404; O. Palacios Herrera, *Apuntes de Obligaciones,* Caracas, 1956, T. II,pp. 297-298; Maduro Luyando & Pittier Sucre, *op.cit.*, T. I. nº 542, p. 313; López Herrera, *op. cit.* (*Nulidad de los Contratos*), p.137.

38 De acuerdo con lo dicho, pues, el heredero es siempre instituido bajo la condición puramente potestativa de que él quiera aceptar. De ahí se explica que, para el caso de que el testador no haya señalado un plazo para el cumplimiento de esa condición, el art. 1.019 CC autorice a toda persona que tenga interés o derecho en la herencia, a recurrir a la autoridad judicial a fin de que ésta fije un término, que no puede ser mayor de seis meses, para que el instituido acepte o repudie la herencia: vencido el mismo sin que se haya cumplido la referida condición, la herencia debe considerarse repudiada (*infra,* nº 86, 2).

condición de que se gradúe de doctor en filosofía). En tales casos, la condición es jurídicamente válida y eficaz[44].

La condición debe considerarse imposible, cuando ello sea así para la fecha de la apertura de la sucesión (o para el momento posterior que haya fijado el testador para el cumplimiento de la misma, si fuere el caso), siendo absolutamente irrelevante que la imposibilidad de su cumplimiento exista en, o corresponda a otro momento cualquiera.

Por lo que respecta a las condiciones *ilícitas*, debemos decir que son aquéllas cuyo cumplimiento es imposible por circunstancias de índole legal (*v.gr.*: "si eludes el pago del impuesto sobre la renta durante tres años"). No toda condición contraria la ley puede calificarse como ilícita: únicamente lo es la que infringe alguna norma en cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres.

El CC hace referencia a algunos casos específicos de condiciones ilícitas en materia de disposiciones testamentarias.

i. Señala el art. 915 CC, que "es contraria a la ley la condición que impida las primeras o las ulteriores nupcias". Resulta obvio, por consiguiente, que la condición suspensiva o resolutoria que afecta una disposición testamentaria a título universal o a título particular, mediante la cual se trata de impedir, de manera absoluta, el matrimonio –primero o ulterior– de la persona instituida, debe considerarse como no escrita.

Pero, en relación con ese mismo tema, la doctrina se hace una serie de preguntas, a saber: ¿Es o no válida la institución condicionada a que un tercero no contraiga nupcias? ¿Es o no válida la disposición hecha bajo la condición de que el beneficiario de la misma no celebre matrimonio con determinada persona? ¿Es o no válida la disposición testamentaria cuya eficacia depende de que el instituido se case? ¿Es o no válida la institución establecida bajo la modalidad de que un tercero contraiga matrimonio? ¿Es o no válida la disposición universal o particular que dependa de que el instituido celebre nupcias con determinada persona?

Sobre el particular existen diversas tendencias.

El sector mayoritario de la doctrina, parte del supuesto de que la norma contenida en el art. 915 CC se limita a prohibir las condiciones que impidan, de manera general o absoluta, la celebración del matrimonio; por lo cual concluye que no están proscritas las condiciones testamentarias que impiden un matrimonio determinado, ni tampoco las que promueven la celebración de matrimonios. De acuerdo con tales postulados, pues, las respuestas a los planteamientos señalados, son las siguientes: no puede considerarse lícita la condición que impide el matrimonio de terceros, en

44 La doctrina está de acuerdo sobre el particular; al respecto, *cfr.*: Pacifici-Mazzoni, T. VII, nº 118, pp. 255-256; Sanojo, *op. cit.*, T. II, nº 301, p. 270; Dominici, *op. cit.*, T. II, pp. 157-158; etc.

general; en cambio, son absolutamente válidas las condiciones que hacen depender la institución del heredero o del legatario, de que el beneficiario o un tercero contraigan matrimonio con cualquier otro individuo o con una persona específica, así como también las que tiene por finalidad impedir el matrimonio del instituido o de un tercero, pero solamente con cierta persona, señalada de manera precisa por el testador[45].

En cambio, otra parte de la doctrina sostiene que la regla del art. 915 CC no debe ser interpretada literalmente, sino en función del interés y del bienestar del instituido. En base a tales consideraciones, dicho otro sector doctrinario llega a la conclusión de que la condición que tiene por finalidad impedir las nupcias (en general o en particular), como también la que persigue la celebración del matrimonio (en general o en particular), es perfectamente valida y eficaz cuando la misma ha sido establecida por el testador en interés y en beneficio del heredero o del legatario instituido (*v.gr.*: en razón de su juventud o de su ancianidad; o con fundamento en sus condiciones de salud o en las de su eventual prole; etc.); pero en cambio, dicha condición debe considerarse no escrita, cuando con ella se persiguen otros objetivos diferentes (*v.gr.*: el interés del testador; la restricción de la libertad del beneficiario; consideraciones de índole religiosa, social o política; etc.)[46].

Por nuestra parte, pensamos de manera diferente de los defensores de las dos corrientes señaladas. Como la norma del art. 915 CC es clara y terminante, consideramos que no se puede admitir la validez y eficacia de la condición testamentaria que prohiba el matrimonio en general, aunque se la haya establecido en interés y para la conveniencia del instituido, puesto que el intérprete no tiene facultades legislativas. A su vez, el art. 20 CN consagra que "toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad" y el art. 44 *ejusdem* garantiza la plena libertad personal, preceptos ambos de orden público. De ahí que no podemos encontrar licitud alguna, en la intención del causante cuando pretende prohibir la celebración del matrimonio o inducir a tal celebración (en términos generales o en términos particulares), mediante una institución testamentaria universal o particular. De ahí que, a nuestro modo de ver, cualquier disposición de última voluntad que condicione de una u otra manera el beneficio, a la no celebración o a la celebración de matrimonios, por parte del mismo instituido o por parte de terceros, debe reputarse no escrita[47].

---

45 Tal es la corriente más generalizada entre los autores italianos y venezolanos; al respecto, con mayores o menores variantes, *cfr.*: Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. VII, nos. 127-131, pp. 271-277; Ricci, *op. cit.*, T. VIII, nº 338, pp. 432-436; Polacco, *op. cit.*, T. I, pp. 473-477; Cicu, *op. cit.* (*Testamento*), p. 289, Messineo, *op. cit.*, T. VII, nº 185, p. 135; Sanojo, *op. cit.*, T. II, nº 302, pp. 272-273; Dominici, *op. cit.*, T. II, p. 163; Ramírez, *op. cit.*, T. II, p. 256.

46 Es ésa la tendencia más generalizada de la doctrina franco-belga contemporánea; al respecto, *cfr.*: Planiol & Ripert, *op. cit.*, T. V, nº 275, pp. 287-288; Colin & Capitant, *op. cit.*, T. VII, pp. 419-420; De Page, *op. cit.*, T. VIII-1, nº 334, pp. 417-419.

47 Poco más o menos en el mismo sentido, *cfr.*: Laurent, *op. cit.*, T. XI, nos. 494-502, pp. 641-652.

Desde luego, lo antes dicho no se aplica cuando la celebración o no de un matrimonio constituye un simple elemento explicativo o justificante de la institución y no se confunde con la esencia de ésta. Tal sería, por ejemplo, el caso del legado que se instituye como una donación con ocasión del matrimonio del instituido; o del que se dispone como pensión temporal en beneficio de una mujer, mientras ésta no se case (ya que, a partir de ese momento, contará con el socorro de su marido). En tales hipótesis, en efecto la condición no tiene por objeto inducir a la celebración del matrimonio ni tampoco impedir su celebración; el matrimonio al cual se alude en la disposición, simplemente colorea la intención gratificante del testador y, por ende, la referida condición es perfectamente eficaz y válida.

ii. De acuerdo con la previsión del art. 1.024 CC, debe considerarse también ilícita –y por ende, no puesta– la condición que se imponga al heredero de aceptar la herencia pura y simplemente y no bajo beneficio de inventario (*infra*, n° 98, 1).

iii. De manera similar, ha de considerarse igualmente ilícita la condición impuesta por el causante a sus herederos, de no partir o dividir la herencia, o de no hacerlo sino después de cierto tiempo, tal como resulta del art. 1.067 CC, salvo que se trate del caso excepcional previsto en el ap. de dicha norma (si al menos uno de los herederos es de menor edad, el testador puede imponer la condición de que la herencia no se divida sino hasta un año después de su llegada a la mayoridad) (*infra*, n° 129).

Finalmente, son condiciones *inmorales* o *contrarias a la buenas costumbres*, las que –aun sin violar disposición legal alguna– contradicen los principíos morales básicos de la sociedad (*v.gr.*: "Instituyo heredero a AA, si toma a ZZ como concubina")[48].

## 57-C. El Modo

Como dijimos poco antes, se denomina modo, a la carga o al gravamen –diferente del legado y de la condición– que el testador impone a la persona a quien instituye a título universal o atítulo particular (*supra*, n° 57). Al respecto cabe observar, por una parte, que se trata de una modalidad típica de los negocios jurídicos gratuitos; y, por otra, que no debe confundirse el modo con las simples recomendaciones que también puede hacer el testador en su acto de última voluntad, ya que éstas últimas no tienen carácter obligante, al menos desde el punto de vista jurídico (*supra*, n° 25, 8, A).

El modo, pues, constituye una obligación de dar o de hacer, impuesta por el testador al heredero o al legatario, en beneficio del mismo causante o del propio instituido, o bien en provecho indirecto de un tercero.

Aclaremos lo dicho con algunos ejemplos.

48 Sobre el concepto de *buenas costumbres*, en la doctrina nacional, *cfr.*: Maduro Luyando & Pittier Sucre, *op. cit.*, n° 1052, pp. 697-698; Mélich-Orsini, *op. cit.*, n° 191, pp. 245-246; López Herrera, *op. cit.* (*Nulidad de los Contratos*), pp. 96-97.

Serían instituciones modales concebidas en beneficio del testador, las siguientes: "Designo a MM como mi único y universal heredero, quien deberá erigir un mausoleo en mi tumba"; "Impongo a mi heredero NN, la obligación de ordenar se ofrezca una misa, en cada aniversario de mi muerte, por el descanso de mi alma"; "Lego mi biblioteca a la Universidad ZZ, pero ésta deberá colocar mi retrato en el sitio donde la instale". Se trataría de instituciones modales hechas en provecho del mismo beneficiario: "Mi heredero AA deberá invertir en bienes inmuebles la totalidad del dinero que exista en mi patrimonio hereditario, luego de pagado el pasivo"; "Dejo 100 a ZZ, para que compre los libros que necesita para sus estudios". Finalmente habría institución modal concebida en provecho indirecto de un tercero, en los siguientes casos: "Lego a NN un cuadro que mi heredero AA deberá encargar al pintor ZZ" (el modo está constituido por el encargo del cuadro que el heredero debe hacer al pintor indicado por el testador, con el cual se beneficia indirectamente a ese artista, ya que el mismo –que no es heredero ni legatario del causante– cobrará al heredero sus correspondientes honorarios por la realización de la pintura); "Mi heredero NN deberá hacer construir una escuela en mi pueblo natal" (de la obligación de hacer construir la escuela en cuestión, resultará indirectamente beneficiado el pueblo natal del testador, aunque dicha población, en realidad, no sea heredera ni legataria del *de cujus*).

> El modo, como elemento accidental de la voluntad testamentaria, fue concebido y surgió en el Derecho Romano, como un medio para que el testador pudiera lograr ciertas finalidades prácticas que, de otra manera, eran de difícil o de imposible obtención, por no corresponder a las fórmulas típicas de institución reconocidas por la ley[49].

El modo se diferencia del *legado*, en que en este último existe un beneficio *directo* para el tercero beneficiario del mismo, quien (salvo en el caso excepcional del legado de la cosa ajena) es causahabiente particular del *de cujus*; en cambio cuando el modo beneficia a un tercero, éste sólo deriva de él un provecho *indirecto* y no es causahabiente del testador. Por otra parte, no se concibe un legado en beneficio del propio causante, lo cual sí puede suceder cuando se trata de modo; y también carece de sentido en las instituciones particulares, pensar que ellas puedan ser, al mismo tiempo, carga y beneficio del legatario, lo que, por el contrario, puede ser perfectamente normal en la institución *sub* modo[50].

---

49 Al respecto, *cfr.*: *Digesto*, XXXV, I, 17, 4; XXXV, I, 40, 5; XXXV, I, 77, 1; XXXV, I, 80; XXXV, I, 92; XL, IV, 44-B. Biondi, *Sucesión Testamentaria y Donación*, 2a. ed. , trad. M. Fairén, Bosch, Barcelona, 1960, nº 206, pág. 581.

50 De manera, pues, que la diferencia entre legado y modo puede ser en muchos casos bastante sutil. Ello ha confundido incluso a renombrados autores, que llegan a calificar como modos a auténticos legados. Así, el Prof. De Page (*op. cit.*, T. VIII, 2, nº 1022, pp. 1129-1130), cita como ejemplo legado *sub* modo, el de un inmueble a cuyo beneficiario se le ha gravado con la obligación de pasar determinada renta anual a un tercero: allí, en realidad, si bien el legado del inmueble está gravado por una carga (la renta que debe pasar el legatario a un tercero), ésta no es en realidad un modo, sino un sub-legado (*infra*, nº 62).

Tampoco debe confundirse el modo con la *condición suspensiva* (particularmente si ésta es potestativa). En efecto, cuando la institución se ha hecho bajo ese tipo de condición, el instituido no tiene en realidad obligación alguna a su cargo, pero el *jus delationis* sólo nace para él cuando la condición se cumple; esto suele expresarse diciendo que dicha condición, aunque es suspensiva, no es coactiva. En cambio, en la institución *sub* modo, el heredero o legatario respectivo tiene la obligación de cumplir la carga que se le ha impuesto, pero adquiere el derecho a la herencia o al legado desde el mismo momento de la apertura de la sucesión; por lo cual suele decirse que el modo es coactivo, aunque no suspensivo.

Por último, es preciso también diferenciar la institución modal, de la hecha bajo *condición resolutoria.* Si ésta última se cumple, el llamado a la herencia o al legado queda borrado desde el momento mismo de la apertura de la sucesión (efecto retroactivo de la condición cumplida: art. 1.209 CC); situación ésa que no se plantea cuando se trata de una designación de heredero o de legatario *sub* modo, toda vez que en tal caso, el incumplimiento de la modalidad no afecta la eficacia de la institución, sino que da lugar a consecuencias de otro orden.

En todo caso, a los fines de precisar si determinado ordenamiento del testador constituye un legado, o más bien se trata de una institución condicional, o por el contrario debe calificarse como disposición sometida a un modo, es indispensable analizarlo con todo cuidado, para verificar la verdadera intención del causante, que es –en definitiva– lo que priva en esta materia (*infra*, n° 59).

Cuando el modo se ha establecido en beneficio del propio testador o del mismo instituido, no pasa de constituir –para éste– una simple obligación de conciencia; salvo que el causante haya previsto al respecto alguna cláusula penal aplicable al heredero o al legatario en caso de incumplimiento o de retardo en el cumplimiento de la carga en cuestión, lo cual sería perfectamente válido y eficaz (*v.gr.*: "Impongo a mi único y universal heredero XX, la obligación de ordenar y costear una edición de 5.000 ejemplares de mis obras completas, que deberá quedar terminada dentro de los diez años siguientes a mi fallecimiento. En caso de que mi dicho heredero no cumpliere oportunamente esa obligación, deberá pagar una penalidad de 100, por cada año de retardo, en beneficio del Hospital ZZ"). Por lo demás, en esos casos nadie tiene acción para obligar al instituido a cumplir el modo, a menos que el testador haya designado un albacea con facultad de intentar acción judicial contra el instituido, en caso de incumplimiento de la carga (*infra*, n° 75)[51]. Conviene tener también en cuenta que si el testador establece un plazo dentro del cual el instituido

---

51 A fin de evitar confusiones, es bueno aclarar que, en el ejemplo antes expuesto, el Hospital a quien beneficia la cláusula penal establecida en el testamento, para el caso de incumplimiento del modo, evidentemente tiene acción contra el instituido para exigir el pago del monto de dicha penalidad, si ello fuere procedente;pero no para obligar al heredero a cumplir la carga que le impuso el testador (editar las obras completas de éste).

debe cumplir la carga que le ha sido impuesta, so pena de caducidad de la institución que lo favorece, entonces ya no podría hablarse de disposición *sub* modo, sino hecha bajo condición resolutoria.

En cambio, cuando el modo beneficia indirectamente a un tercero, éste tiene acción para obligar al instituido a cumplir la carga que le ha sido impuesta (*v.gr.*: si se trata del caso del cuadro que debe encargarse a determinado pintor, a que antes hicimos alusión, dicho artista –además del legatario de la pintura en cuestión o del albacea autorizado al efecto, si fuere el caso– tiene acción contra el instituido, a fin de que éste cumpla el referido encargo).

Es obvio, por lo demás, que en caso de incumplimiento del modo, si –de acuerdo con lo antes expuesto– determinada persona tiene acción contra el obligado para exigir el cumplimiento, igualmente puede reclamar el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por la irregular conducta del instituido.

Para terminar señalaremos que, como no existen disposiciones legales expresas concernientes al modo, la doctrina está de acuerdo en que, a falta de previsión especial del testador, en principio son aplicables por analogía a las instituciones modales, las reglas concernientes a las disposiciones sometidas a condición, salvo aquéllas que se refieren a la naturaleza peculiar de esta última (*v.gr.*: efecto retroactivo de la condición cumplida)[52].

## 58. Protección de la voluntad del testador mientras la modalidad está pendiente de cumplimiento

El legislador ha consagrado una serie de providencias de carácter interino, relacionadas con las instituciones testamentarias hechas bajo modalidades, con el propósito de proteger y defender la voluntad del causante, contra cualesquiera abusos por parte de los instituidos o de terceras personas. Tales providencias son de tres tipos: la denominada caución muciana, que se refiere a las instituciones sometidas a condición resolutoria potestativa; el sistema de cauciones a favor del legatario instituido a término inicial o bajo condición suspensiva; y el régimen de administración temporal de los bienes objeto de instituciones universales hechas bajo condición suspensiva.

A. *Caución muciana.*

Dispone el art. 920 CC: "Si el testador ha dejado la herencia o el legado, imponiendo al heredero o legatario la obligación de no hacer o de no dar algo, el heredero o legatario está obligado a dar caución suficiente sobre el cumplimiento de aquella voluntad, en favor de quienes hayan de adquirir la herencia o legado, para el caso de no cumplirse la obligación impuesta".

---

52 Al respecto, *cfr.*: Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. VII, nº 172, pp. 344-345; Sanojo, *op. cit.*, T. II, nº 307, p. 277; etc.

A nuestro modo de ver, una institución testamentaria hecha bajo la obligación de no hacer o de no dar algo (*v.gr.*: "Lego 100 a AA si no renuncia a su cátedra en la Facultad de Economía de la Universidad ZZ"), necesariamente tiene que ser interpretada como una disposición sometida a *condición resolutoria potestativa* (y no a condición suspensiva). En ese tipo de instituciones, en efecto, el testador quiere decir que designa como heredero o legatario suyo a la persona a quien instituye, en el entendido de que el beneficio habrá de quedar retroactivamente revocado, si el beneficiario deja de dar o de hacer lo indicado por el causante (institución bajo condición resolutoria). Mal podría pretenderse que el testador ha deseado dejar en suspenso el derecho del instituido al objeto de la institución, mientras exista la posibilidad de que la condición quede incumplida (condición suspensiva), puesto que en muchísimos de esos casos tal seguridad sólo se produce con la muerte del heredero o legatario en cuestión, por lo que resultaría realmente absurdo sostener que el causante quiso beneficiar al instituido pero sólo para después de la muerte de éste (y todo ello, sin entrar en la complicación adicional referente a si una disposición de esa naturaleza, quedaría o no afectada por la ineficacia a que se refiere el art. 918 CC: *supra*, nº 57-B)[53].

No obstante lo antes dicho, desde Roma, se ha venido considerando ese tipo de previsiones testamentarias, como instituciones hechas bajo *condición suspensiva potestativa negativa*; y, precisamente porque en muchos casos sería necesario esperar hasta que el instituido falleciera, para que pudiese tener derecho a la herencia o al legado, se dice que la ley ha tenido que venir en su auxilio creando un sistema excepcional que le permite adquirir de una vez el objeto de la institución, mediante el establecimiento de garantías suficientes de que no habrá de dar o de hacer lo que el testador le ha prohibido[54].

La caución a que se refiere el copiado art. 920 CC, se denomina *muciana*, por haberla ideado y hecho admitir, el jurisconsulto romano Quintus Mucius Scaevola (siglo I AC).

Estimamos que, en realidad, la razón de ser de la misma –al menos en el Derecho moderno– estriba en que la condición resolutoria de no dar o de no hacer, impuesta al instituido, es de carácter potestativo y, por ende su cumplimiento o no, depende de la conducta del mismo heredero o legatario, lo cual constituye motivo más que razonable, para que pueda exigírsele la constitución de garantías adecuadas en el sentido de que no dará o no hará lo que el testador le ha prohibido. Ello también explica, a nuestro modo de ver, que la doctrina considere que no puede imponerse

53 En el mismo sentido, *cfr.*: Messineo, *op. cit.*, T. VII, nº 185, pp. 136-137; Dominici, *op. cit.*, T. II, pp. 173-174; Ramírez, *op. cit.*, T. II, p. 259.

54 Al respecto, *cfr.*: *Digesto*, XXXV, I, 7.- Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. VII, nº 162, pp. 327-329; De Ruggiero, *op. cit.*, T. II, Vol. II, p. 490; Polacco, *op. cit.*, T. I, pp. 528-533.

la prestación de esa caución a herederos o a legatarios instituidos bajo condición resolutoria que no sea potestativa[55].

En base a lo antes dicho, la caución muciana no constituye en realidad un requisito para que el heredero o legatario *sub conditione* pueda adquirir la herencia o el legado que se le defiere, sino simplemente para que pueda entrar en posesión y goce de una u otro.

Las personas que pueden exigir la constitución de la caución muciana, por parte del heredero o legatario instituido bajo condición, son precisamente las personas que tendrían derecho a la herencia o al bien objeto del legado, en caso de incumplirse la prohibición del causante. Si se trata de una institución hereditaria, tales personas son: los herederos sustitutos del nombrado bajo condición (art. 959 y sigs. CC) (*infra*, nº 69-A); los coherederos de éste, designados pura y simplemente, cuando procede el derecho de acrecer entre unos y otro (art. 942 y sigs. CC) (*infra*, nos. 71 y 71-A); y los herederos *ab intestato* del causante (art. 946 CC) (en el mismo orden señalado). Y si fuere el caso de una institución a título particular, esas personas serían: el legatario sustituto del nombrado bajo condición (art. 959 y sigs. CC); el colegatario de éste, designado pura y simplemente, cuando procede el derecho de acrecer entre uno y otro (art. 947 CC); y los herederos a cuyo cargo esté la obligación de pagar el legado (arts. 932-933 CC) (en el mismo orden indicado).

Desde luego, los aludidos titulares del derecho de exigir la constitución de la caución muciana, son libres de ejercerlo o no.

Dice la ley que el monto de la caución en referencia, debe ser "suficiente"; con ello quiere significar que la misma tiene que cubrir todo cuanto el heredero o el legatario está obligado a reintegrar, en caso de incumplirse la voluntad del testador[56]. En caso de que no hubiere acuerdo entre los interesados respecto del monto o de las características específicas de la caución a ser constituida, la decisión corresponde a la autoridad judicial respectiva.

La caución muciana debe permanecer en vigor hasta que exista absoluta seguridad de que el instituido ya no podrá hacer o ya no podrá dar lo que le ha prohibido el testador, lo cual en muchos casos –aunque no siempre– sólo sucederá cuando fallezca el heredero o el legatario en cuestión (*v.gr.*: si el testador instituye a su heredero

---

55 En ese sentido, *cfr.*: Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. VII, nº 168, p. 339; Ricci, *op. cit.*, T. VIII, nº 349, p. 476; Dominici, *op. cit.*, T. II, pp. 173-174; Farrera, *op. cit.*, nº 272, pp. 226-227.

56 Antes hemos indicado que, a nuestro juicio, el heredero o legatario instituido bajo condición resolutoria que se cumple, no está obligado a reintegrar los frutos que hubiere percibido *medio tempore* (*supra*, nº 57-B, A); y como consideramos que las condiciones aludidas en el art. 920 CC son en realidad resolutorias, pensamos que la caución muciana no debe comprender o incluir los frutos de la herencia o del legado a que se refiere. Pero dicho heredero o legatario sí debe reintegrar el patrimonio hereditario o el legado, objeto de su institución, libre de toda carga o gravamen impuesta o establecida por él.

bajo la condición de que no se desprenda de la biblioteca que constituye parte del patrimonio de aquél, generalmente habrá que esperar hasta que el instituido muera, para que exista la seguridad de que dicha condición no se cumplirá; pero si por un incendio fortuito la aludida biblioteca se pierde por completo, desde ese momento ya se sabe que la condición impuesta por el causante no podrá cumplirse, razón por la cual debe cesar en sus efectos la respectiva caución muciana).

Por cuanto no se trata de una materia de interés para el orden público, nos parece claro que el testador es libre de dispensar de la caución muciana, al heredero o legatario que instituye bajo la condición de no dar o de no hacer algo.

En caso de que el heredero o legatario que deba prestar la caución muciana no quisiere o no pudiere hacerlo, la correspondiente cuota hereditaria o los bienes objeto del legado, según fuere el caso, deben ponerse en manos de un administrador a ser nombrado con arreglo a las previsiones de los arts. 923-925 CC (ap. del art. 922 CC), a las cuales nos referiremos poco más adelante. Pero si después de nombrado el administrador, el heredero o legatario instituido bajo condición de no hacer o de no dar algo, constituye la caución, cesan de inmediato las funciones de aquél.

B. *Garantías en favor del legatario instituido a término inicial o bajo condición suspensiva.*
Establece el art. 921 CC que "si se ha dejado un legado bajo condición o para ser ejecutado después de cierto tiempo, puede obligarse al encargado de cumplirlo a dar al legatario caución u otra garantía suficiente".

Conviene tener presente que dicha norma sólo funciona en materia de legados instituidos bajo condición *suspensiva* o a término *inicial* (que incluye el caso de legado de prestaciones periódicas). En efecto, cuando se trata de instituciones a título particular sujetas a condición resolutoria o a término final, su beneficiario puede exigir la entrega inmediata de su objeto, razón por la cual no tendría sentido alguno que la persona encargada de cumplir la manda tuviera –adicionalmente– que prestar alguna caución u otra garantía.

Desde luego, esa caución tiene por finalidad garantizar al beneficiario del legado que la persona encargada de cumplirlo, habrá de entregarlo (con sus accesorios, si fuere el caso), al cumplirse la condición o al vencerse el plazo establecido por el testador. Por tal circunstancia, dicho legatario siempre tiene el derecho de exigir la constitución de la correspondiente garantía en su favor y, de ejercer él tal facultad, entonces la persona encargada de cumplir el legado debe prestar la correspondiente garantía; de lo contrario, el bien o los bienes objeto del legado en cuestión han de ser confiados a un administrador, mientras la correspondiente modalidad esté pendiente de cumplimiento (ap. del art. 922 CC)[57].

57 En consecuencia, es a nuestro juicio completamente erróneo el criterio doctrinal muy difundido en nuestro medio, según el cual la persona encargada de cumplir el legado instituido bajo condición suspensiva o a término inicial, puede ser dispensado por la autoridad judicial de prestar la caución

C. *Administración temporal de los bienes objeto de instituciones universales hechas bajo condición suspensiva.*

"Si se ha instituido al heredero bajo una condición suspensiva, se nombrará administrador a la herencia hasta que se cumpla la condición o hasta que haya certeza de que no puede cumplirse" (art. 922 CC).

Por cuanto el heredero instituido bajo condición suspensiva no puede tener derecho alguno a la herencia sino cuando se cumpla la referida modalidad, resulta perfectamente lógico que en el período de pendencia de la condición, la administración del patrimonio hereditario deba confiarse a una tercera persona. Siguiendo el mismo razonamiento, resulta obligado concluir que ese tercero a quien corresponda tal administración, ha de ser la persona que –con exclusión del instituido– tenga el mayor interés respecto de la herencia en cuestión; y ese interesado no puede ser otro, en términos generales, que la persona a quien habrá de corresponder el patrimonio del causante, en caso de no cumplirse la condición.

Es por ello que –aunque la ley no lo diga expresamente– la persona con mejor título para ser designada administradora de la herencia, en el caso que nos ocupa, es el heredero sustituto del instituido bajo condición suspensiva (art. 959 y sigs. CC) (*infra*, nº 69-A)[58].

De no existir heredero sustituto, dicha administración debe confiarse al coheredero o a los coherederos instituidos pura y simplemente, cuando sea procedente el derecho de acrecer entre éstos y el instituido condicionalmente (art. 923 CC) (*infra*, nº 71); y si este último no tuviere coheredero, o si lo tuviere pero entre uno y otro no pudiere funcionar el derecho de acrecer, la administración corresponde al heredero o a los herederos *ab intestato* del testador (art. 924 CC). Sin embargo, la autoridad judicial –a quien siempre corresponde en definitiva la designación del administrador en referencia– puede disponer otra cosa (art. 924 CC), cuando cualquier interesado sostenga y compruebe que la persona a quien habría de corresponder la administración de la herencia, de conformidad con las reglas antes enunciadas, se encuentra impedida de ejercerla, o no quiere aceptar el encargo, o no es conveniente que lo haga, dadas sus condiciones personales (*v.gr.*: no es individuo responsable).

No obstante, cuando se trata de la institución de una persona aun no concebida, hija inmediata de otra determinada, viva para la fecha de la apertura de la sucesión [que es una disposición sometida a la doble condición suspensiva de que el instituido sea efectivamente concebido y de que nazca vivo (*supra*, nº 30-A, A, a)], la adminis-

---

que exija el legatario; en efecto –a más de cualquier otra consideración– existe norma expresa de que ante tal negativa del obligado, el bien objeto de la institución particular debe confiarse a la administración de un tercero. Sostienen dicho equivocado criterio: Sanojo, *op. cit.*, T. II, nº 308, p. 278; Farrera, *op. cit.*, nº 273, p. 227; Ramírez, *op. cit.*, T. II, pp. 259-260.

58 La doctrina es pacífica sobre el particular; al respecto, *cfr.*: Ricci, *op. cit.*, T. VIII, nº 352, p. 484; Polacco, *op. cit.*, T. I, p. 523; etc.

tración de la respectiva cuota hereditaria o del legado en cuestión corresponde a los padres de dicho instituido, una vez que éste haya sido concebido (toda vez que a ellos habrá de corresponder también la patria potestad sobre él), salvo –desde luego– que la autoridad judicial disponga otra cosa (art. 925 CC).

El administrador o los administradores de la herencia, en los casos antes aludidos, tienen los mismos derechos y obligaciones que corresponden a los de los curadores de herencias yacentes (art. 926 CC) (*infra*, nº 117); y duran en sus funciones hasta que se cumpla la condición o exista la certeza de que la misma no puede cumplirse.

Como poco antes señalamos, las reglas que acabamos de exponer, relativas a la administración temporal de la herencia instituida bajo condición suspensiva, son igualmente aplicables tanto al caso de que heredero o legatario nombrado bajo condición resolutoria potestativa no constituya la correspondiente caución muciana en favor de quienes hayan de adquirir la herencia o el legado en caso de cumplirse dicha condición; como también al del legado instituido a término inicial o a condición suspensiva, cuando la persona encargada de cumplirlo no dé al legatario garantías suficientes[59].

## 59. Reglas fundamentales relativas a la interpretación de las disposiciones testamentarias

La ley no consagra normas específicamente relacionadas con la interpretación de las disposiciones testamentarias; sin embargo, tanto de la lógica como de los principios generales del Derecho pueden deducirse las reglas fundamentales que rigen en esa materia. Pasamos a indicarlas.

1. *Intención del testador*: De acuerdo con la previsión del art. 12 CPC, "en la interpretación de los contratos o *actos* que presenten oscuridad, ambigüedad o deficiencia, los jueces se atendrán al propósito y a la intención de las partes o de los otorgantes, teniendo en miras las exigencias de la ley, de la verdad y de la buena fe".

En nuestro sistema legal, pues, está consagrado el principio de la preeminencia de la voluntad real sobre la voluntad declarada, en materia de interpretación de los negocios jurídicos en general. La materia testamentaria, desde luego, no constituye excepción sobre ese particular.

59 Sin embargo, en la última hipótesis aludida (la persona encargada de cumplir el legado instituido bajo condición suspensiva o a término inicial, que rehusa caucionar), el nombramiento del administrador obviamente no puede recaer sobre la misma persona obligada a cumplir dicho legado, puesto que entonces el legatario quedaría privado de toda protección eficaz. Al efecto debe seleccionarse a la persona que tenga el mayor interés sobre la cosa legada, pero que no sea dicha persona encargada de cumplirlo.

Es ésa la regla básica y fundamental en materia de interpretación de la voluntad testamentaria: por lo tanto, cuando se trate de una disposición de última voluntad que sea oscura, ambigua o deficiente, el intérprete está obligado a determinar su sentido y alcance escudriñando al efecto la intención real del causante.

A ese fin se ha de efectuar un análisis detenido de todo el testamento y de cada una de sus disposiciones en particular, relacionando éstas últimas entre sí, cada vez que ello sea lógico o parezca conveniente.

Para precisar la intención del testador, por lo demás, puede y debe recurrirse también a cualesquiera otros elementos extrínsecos al acto de última voluntad y tomarse en cuenta los factores básicos y característicos de la personalidad del testador, tales como su cultura, su condición socio-económica, su ocupación, sus peculiaridades familiares, etc. (así como los de los instituidos, si fuere el caso)[60].

2. *Protección del acto de última voluntad*: Como el testamento es un negocio jurídico *mortis causa*, la aclaración de su contenido por parte del testador, es imposible, pues cuando la misma sea necesaria, ya el otorgante habrá fallecido. De ahí que la segunda regla que debe guiar al intérprete de la voluntad testamentaria, es la de que en cualquier caso de duda, debe procurar salvaguardar la validez de las disposiciones del causante, siempre en beneficio del instituido[61].

Desde luego, no queremos decir que se debe interpretar de manera forzada la voluntad del testador; se trata simplemente de que cuando determinada disposición de última voluntad puede ser legítimamente interpretada de dos maneras distintas –dada la redacción empleada al efecto por el causante– y una de esas interpretaciones conduce a la ineficacia de la institución y la otra no, se debe optar siempre por ésta última.

3. *Epoca del otorgamiento del testamento*: Otro factor de importancia en materia de interpretación del testamento, consiste en tomar en consideración a esos efectos, tanto la legislación como los demás factores circunstanciales vigentes o existentes para la época de su otorgamiento (no para el momento de la apertura de la sucesión, ni para la época cuando se lleva a cabo tal interpretación).

4. *Cuestión de hecho:* Finalmente, la interpretación del testamento es una cuestión de hecho que como tal, en definitiva, es de la competencia del juez de instancia (si no hubiere acuerdo al respecto de los interesados); de ahí que no pueda ser objeto de censura en Casación.

---

60 La doctrina está generalmente de acuerdo sobre el particular; al respecto, *cfr.*: Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. VII, nº 239, p. 492; Cicu, *op. cit.* (*Testamento*), p. 169; etc.

61 En el mismo sentido, *cfr.*: Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. VII, nº 235, p. 487; Cicu, *op. cit.* (*Testamento*), p. 170.

# CAPÍTULO XI

# LOS LEGADOS



## 60. CONCEPTO DE LEGADO

Anteriormente hemos dicho que los legados son sucesiones a *título particular y por causa de muerte* (*supra*, nº 3, C, *in fine*); y también hemos calificado al legado, como la institución testamentaria cuyo objeto está constituido *por una, por varias o por muchas relaciones jurídicas individualmente determinadas* (*supra*, nº 26). Ha llegado ahora al momento de perfeccionar dicho concepto.

El art. 834 CC define el legado, mediante simple oposición a la institución de heredero. Dicha norma dice así: "Las disposiciones testamentarias que comprendan la universalidad o una parte alícuota de los bienes del testador, son a título universal y atribuyen la calidad de heredero. *Las demás disposiciones son a título particular y atribuyen la calidad de legatario*". Y ha tenido razón nuestro legislador al proceder de esa manera, ya que no es posible dar una definición directa y positiva de las instituciones particulares testamentarias, que –al propio tiempo– sea técnicamente correcta y completa.

Pasamos a explicar el por qué de ello.

Como más adelante y en este mismo Capítulo tendremos oportunidad de estudiar, si bien es cierto que de ordinario el objeto de una institución a título particular está constituido por uno o más bienes específicos de los que figuran en el patrimonio

hereditario, no necesariamente tiene que ser así: se admite que igualmente pueden legarse, en ciertas y determinadas circunstancias, bienes o relaciones jurídicas que no se encuentran dentro de la herencia del causante, sino que pertenecen a alguno de los herederos o a otro legatario o a un tercero o que, incluso, no existen para la fecha de apertura de la sucesión (*infra*, nº 62).

De manera pues que –a diferencia de lo que acontece con el heredero, que es siempre sucesor del *de cujus* –no siempre pasa igual cosa con el legatario: puede tratarse de que éste más bien suceda al heredero, a otro legatario o a un tercero (cuando la cosa o la relación jurídica objeto de la institución particular, no figura en el patrimonio dejado por el causante)[1].

Podemos decir, en consecuencia, que los legados son las instituciones testamentarias cuyo objeto no es la universalidad del patrimonio hereditario, ni tampoco una parte alícuota de él.

Otro aspecto del legado que viene discutiendo la doctrina desde el Derecho Romano, es si el mismo –para ser tal– necesariamente tiene que significar o implicar una liberalidad o un beneficio para el instituido[2]. A nuestro juicio tal cuestión carece de toda importancia práctica, puesto que es de presumirse que el beneficiario del legado no se molestará en aceptarlo, a menos que estime que algún provecho le derivará de ello. Pero puede suceder que el beneficio proveniente del legado no sea precisamente de índole patrimonial, sino de orden artístico, intelectual o de otra naturaleza. Por ejemplo: se lega a determinada persona una obra de arte que figura en el patrimonio hereditario, con la obligación a cargo del instituido, de pagar su valor de mercado a los herederos del testador; en ese caso, si bien de la institución no deriva provecho económico alguno para el legatario, éste adquiere el derecho –cuyo ejercicio podría serle interesante– de hacerse propietario de la obra de arte en referencia, aun contra la voluntad o los deseos de los herederos del causante, mediante el pago de su precio justo[3].

Ya sabemos que para determinar si la disposición testamentaria es o no legado, no debe atenderse a la forma de expresión utilizada por el causante, sino al contenido de aquélla; y que, al respecto, tampoco tiene relevancia la mayor o menor importancia o

---

1 Al respecto, *cfr.*: De Ruggiero, *op. cit.*, T. II, Vol. II, pp. 501-502; Polacco, *op. cit.*, T. I, p. 389; Delgado Chapellín, *op. cit.* (*Discriminación entre Heredero y Legatario*), p. 1.

2 Al respecto, *cfr.*: Bonfante, *op. cit.*, nº 222, p. 656; De Ruggiero, *op. cit.*, T. II, Vol. II, p. 501; Polacco, *op. cit.*, T. I, pp. 379-386; etc.

3 Conviene tener en cuenta, en relación con lo dicho, que no debe confundirse los aspectos civiles de la institución a título particular, con los aspectos fiscales de la misma. Si bien una disposición particular puede y debe calificarse como legado en lo tocante al Derecho Civil, aunque de ella no derive beneficio económico alguno para el instituido, la misma sólo se considera como tal desde el punto de vista fiscal, cuando existe ese tipo de beneficio.

cuantía económica de la institución. Remitimos al lector a lo anteriormente expuesto sobre el particular (*supra*, nº 26).

Igualmente conviene reiterar que no debe confundirse el legado con el modo: en efecto, el legado constituye un llamado a la sucesión (particular) del causante (con las solas excepciones de los legados de cosas ajenas, cuando son válidos); mientras que el modo es una carga impuesta al instituido y no implica llamado alguno a la sucesión. Por otra parte, el objeto de la institución particular es siempre un bien o una prestación con la que el testador desea beneficiar directamente a su titular; el modo, en cambio, es una obligación que se establece sobre el instituido, en interés de él mismo o del propio causante o de la cual resulta indirectamente favorecido un tercero (*supra*, nº 57-C).

Nada impide al testador agotar su patrimonio en legados, independientemente de que, al mismo tiempo, aquél haya o no instituido heredero (de no haberlo hecho, el llamado a la herencia lo reciben los sucesores legítimos: ap. del art. 807 CC). Como en el Derecho moderno, en general y en el venezolano, en particular, no existe la preocupación que hubo en Roma por proteger y defender a ultranza la figura del heredero testamentario, no hay en la actualidad las restricciones que al efecto creó el Derecho Romano para evitar que dicho instituido se sintiera inclinado a repudiar la herencia, en razón del poco beneficio económico que él derivaría de la misma, por haber el testador dispuesto en instituciones particulares la mayor parte de su patrimonio[4].

Lo antes dicho va sin perjuicio de la norma excepcional contenida en el últ. ap. del art. 1.010 CC, según la cual "en caso de descubrirse un testamento, desconocido en el momento de la aceptación, el heredero no está obligado a pagar los legados contenidos en aquel testamento, sino hasta cubrir el valor de la herencia, salvo siempre la legítima que pueda debérsele".

La copiada disposición legal fue tomada del CC italiano de 1865 (art. 942)[5], el cual –a su vez– se inspiró en el art. 783 CC francés. Este último sin embargo, establece un régimen completamente distinto del nuestro, ya que permite atacar por causa de lesión el acto de la aceptación de la herencia, cuando el patrimonio hereditario resulta disminuido en más de la mitad, como consecuencia del descubrimiento de un testamento desconocido al momento de la aceptación.

---

4 Tales restricciones romanas, fueron: primeramente, la *ley Furia testamentaria* (año 571 de Roma), que penaba con multa del cuádruplo al legatario instituido por más de 1.000 ases; luego, la *ley Voconia* (año 585 de Roma), que no permitía instituir a cada legatario por más de lo que se dejara al heredero; y, finalmente, la *ley Falcidia* (año 714 de Roma), que prohibía disponer legados que, en total y en conjunto, excedieran de las tres cuartas partes de la herencia, a fin de garantizar al heredero, cuando menos, un cuarto de dicho patrimonio (*quarta Falcidia*).

5 Al respecto, *cfr.*: ap. del art. 883 CC de 1873; ap. del art. 889 CC de 1880; ap. del art. 910 CC de 1896; ap. del art. 916 CC de 1904; últ. ap. art. 1.004 CC de 1916 y de 1922.

La referida excepción se explica así: el acto de la aceptación de la herencia no es anulable por causa de lesión ni tampoco por causa de error, sino única y exclusivamente si la manifestación de voluntad fue hecha bajo violencia o a consecuencia de dolo (art. 1.010 CC) (*infra*, nº 89). Sin embargo, el legislador presume que la aceptación pura y simple de la herencia, efectuada por el heredero (*ab intestato* o testamentario) que desconocía –al tiempo de su aceptación– la existencia de un testamento en el cual el *de cujus* dejó instituido uno o varios legados, no se habría llevado a cabo, de haber él tenido noticia de tal testamento, puesto que entonces sólo habría aceptado la herencia bajo beneficio de inventario y no hubiera tenido obligación de satisfacer esos legados, sino hasta concurrencia del activo hereditario (primer ap. del art. 1.036 CC) (*infra*, nº 100, 1); y en base a dicha presunción, dispone que se mantenga la misma consecuencia antes anotada, a saber, que el heredero aceptante únicamente esté obligado a pagar los legados contenidos en aquel testamento, hasta cubrir el valor de la herencia (y siempre quedando a salvo su legítima, si se tratare de un heredero legitimario, lo cual –a su vez– constituye otra excepción, esta vez a la regla del art. 1.040 CC, según la cual el heredero legitimario, en principio, sólo puede hacer reducir los legados hechos a terceras personas, cuando ha aceptado bajo beneficio de inventario la herencia del *de cujus*: *supra*, nº 52).

La doctrina está de acuerdo en que la disposición en referencia funciona aunque la ignorancia por el heredero, del testamento en el cual el *de cujus* dispuso los legados, sea imputable a la propia culpa de aquél[6]; que en caso de existir varios herederos, si unos ignoraban la existencia del testamento en cuestión y otros no, la norma del últ. ap. del art. 1.010 CC no funciona en beneficio de todos ellos, sino de los que desconocían ese acto de última voluntad[7]; que si además del testamento originalmente desconocido, existe otro conocido en el cual también se disponen legados, estos últimos no están sujetos a la reducción resultante de la norma en comentario, sino solamente los instituidos en el testamento que se desconocía[8]; y que el heredero que alegue encontrarse dentro del supuesto de hecho de la norma en comentario, tiene sobre sí la carga de la nada fácil prueba de su desconocimiento del testamento contentivo de los legados[9].

## 61. Sujetos del Legado

El beneficiario de una institución testamentaria a título particular, generalmente es un tercero extraño a la herencia; pero también puede serlo alguno o algunos

6 Al respecto, *cfr.*: Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. IX, nº 47, p. 94; Cicu, *op. cit. (Sucesiones)*, nº 58, p. 367.

7 Al respecto, *cfr.*: Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. IX, nº 48, p. 96; Ricci, *op. cit.*, T. IX,nº 42, p. 100.

8 Al respecto, Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. IX, nº 48, pp. 96-97; Ricci, *op. cit.*, T. IX, nº 41, pp. 98-99.- El art. 483 CC italiano de 1942, por el contrario, establece la regla expresa de que en los casos aludidos, la reducción de los legados se hace proporcionalmente entre todos ellos, sin hacer distinciones entre los previstos en el testamento conocido y los dispuestos en el testamento cuya existencia se desconocía al momento de la aceptación.

9 Al respecto, *cfr.*: Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. IX, nº 47, p. 95; Ricci, *op. cit.*, T. IX, nº 42, p. 99; Cicu, *op. cit.* (*Sucesiones*), nº 58, p. 367; Sanojo, *op. cit.*, T. II, nº 367, p. 327.

de los mismos herederos: en este último caso se da al legado la denominación de *prelegado*.

Normalmente el prelegado sólo tiene sentido cuando existen varios herederos; sin embargo, no es del todo descartable la figura del prelegatario cuando, al propio tiempo, se trata de un único y universal heredero, puesto que en ese caso, él gozaría de la ventaja de poder renunciar a la herencia, conservando el legado.

En todo caso, nada impide al prelegatario hacer precisamente lo contrario, es decir, repudiar el legado y aceptar la institución universal, si así lo desea.

La condición jurídica del legatario es bastante compleja.

Se trata, por una parte, de un *sucesor a título particular y por causa de muerte*. Normalmente el legatario es sucesor del causante; pero en los casos de legados válidos de cosas o relaciones que no figuran en el patrimonio hereditario, su beneficiario no se hace en realidad sucesor de *de cujus*, sino del heredero, o de otro legatario, o incluso de un tercero, según fuere el caso (*infra*, n° 63-A).

Adicionalmente, *el derecho del legatario tiene prelación respecto del derecho del heredero*, en el sentido de que el último no puede satisfacerse sino después de haber quedado totalmente satisfecho el primero; dicho de otra manera: el legado se paga antes que la herencia (con la sola excepción de la legítima que, como sabemos, priva tanto sobre el legado como también sobre las otra instituciones del heredero: *supra*, n° 43).

Pero, por otra parte, *el derecho del legatario es inferior* al de *los acreedores propiamente dichos de la herencia* (es decir, los acreedores del causante), en el sentido de que, en cuanto a la satisfacción de sus respectivos derechos, los legatarios sólo pueden ser atendidos después de haber quedado íntegramente saldado el pasivo hereditario: se trata de la regla *nemo liberalis nisi liberatus* (nadie puede ser liberal antes de pagar sus deudas) (*infra*, n° 169). Pero la misma sufre excepción cuando el deudor del legado no es la herencia, sino alguno o algunos de los herederos (u otro legatario), pues en tal hipótesis dicho sucesor particular puede perfectamente reclamar el pago de su manda al heredero que haya aceptado pura y simplemente su institución (o al otro legatario si fuere el caso), aunque el pasivo hereditario no haya sido aun cancelado.

En cuanto a las personas sobre quienes recae la obligación de cumplir o pagar el legado, el principio general es que al efecto rige la voluntad del testador, siempre y cuando ella no afecte o lesione la legítima de los herederos legitimarios (pues de lo contrario, la correspondiente disposición testamentaria a título particular quedaría expuesta a reducción: *supra*, n° 51) (arts. 932-933 CC). En consecuencia, el testador puede perfectamente disponer que determinado legado sea una carga u obligación de todos sus herederos (ya sea en proporción a sus respectivas cuotas hereditarias o en otras proporciones distintas); también puede ordenar el legado como una carga u obligación de sólo algunos o alguno de sus herederos (sea en las mismas proporciones por las que éstos fueron instituidos o en otras proporciones diferentes); y, así mismo,

es dado al *de cujus* imponer la obligación de pagar cierto legado, a todos, a algunos o sólo a alguno de los restantes legatarios (y distribuir entre dichos obligados, como lo desee, el peso de la misma).

Pero si el testador no precisa quién o quiénes son los obligados a pagar el legado o los legados que instituye, esa carga recae sobre todos los herederos que concurran a la sucesión, sin distinguir entre los testamentarios y los legales; y se divide entre ellos, en proporción a sus respectivas cuotas hereditarias (arts. 932 y 1.110 CC) (*infra*, n° 65).

## 62. Objeto del Legado

El testador goza de una amplísima libertad en cuanto a la escogencia del objeto de sus instituciones a título particular. Tal libertad deriva del principio de la autonomía de la voluntad que, precisamente, constituye el fundamento de la sucesión testamentaria (*supra*, n° 24). Por consiguiente, los únicos límites que existen al respecto, son: la ley, el orden público y las buenas costumbres.

Conforme dijimos poco antes (*supra*, n° 60), lo normal y lo regular es que el legado tenga por objeto uno o varios bienes (o relaciones jurídicas de carácter económico), que forman parte del patrimonio hereditario. Pero igualmente puede constituir objeto del legado un bien (o una relación jurídica de contenido económico) perteneciente a alguno de los herederos o de los legatarios: cuando la institución a título particular tiene por objeto un bien propiedad de uno o varios de los otros legatarios, se le da la denominación de *sublegado*. Adicionalmente, en ciertas y determinadas circunstancias, el objeto del legado puede ser un bien (o una relación económica) de un tercero (no heredero ni legatario). Finalmente, podría igualmente ser objeto del legado un bien que ni siquiera existe para el momento de la apertura de la sucesión, o determinada prestación que, de acuerdo con la voluntad del causante, deba ser cumplida por el heredero, por otro legatario o por un tercero[10].

Aclaremos lo que acabamos de señalar, con algunos ejemplos.

*Legado de un bien perteneciente al testador* (caso ordinario y normal): "Lego a NN mi biblioteca". "Lego a NN, la casa de mi propiedad, ubicada en Caracas, en la Avenida Universidad, entre las esquinas de Monroy y La Misericordia, N° 112".

*Legado de un bien perteneciente al heredero o a otro legatario*: "Lego a NN el cuadro al óleo pintado por Cristóbal Rojas, conocido con el nombre de 'El Balcón'" (en los supuestos de que tal cuadro exista y de que pertenezca a alguno de los herederos o

10 El legado de algo que aún no existía para la época del testamento ni para la de la muerte del testador, ya era admitido por el Derecho Romano; al respecto, *cfr.*: *Institutas*, II, XX, 7.

legatarios del testador). "Lego a NN la cantidad de cien mil bolívares que deberá pagar de su propio peculio, mi legatario BB, instituido en la anterior cláusula de este testamento".

*Legado de un bien propiedad de un tercero*: "Lego a NN la finca rural conocida con el nombre de 'Bucaral', ubicada en jurisdicción del Municipio El Hatillo, estado Miranda, que es propiedad del señor AA".

*Legado de un bien que no existe para la fecha de apertura de la sucesión*: "Lego a NN una casa con área de 300 metros cuadrados, que al efecto deberán hacerle construir mis herederos, en la parcela propiedad de dicho legatario ubicada en la Urbanización Altamira de la ciudad de Caracas".

*Legado de prestación a cargo de un heredero o de un legatario*: "Lego a NN una escultura que deberá esculpirle mi heredero (o mi legatario) AA" (en el supuesto de que dicho heredero o legatario sea efectivamente escultor).

*Legado de prestación a cargo de un tercero*: "Lego a NN un curso completo del idioma inglés, en la Academia RR".

## 63. LEGADOS ESPECIALES

Con el propósito de evitar confusiones y equívocos, el CC regula de manera expresa ciertos y determinados legados de carácter peculiar, a los cuales la doctrina suele dar el nombre de "especiales".

Conviene señalar de una vez que, en lo tocante al tratamiento de los legados especiales, el legislador sólo se funda en lo que él presume que fue la voluntad del testador y, precisamente por ello, no sigue siempre un mismo patrón, sino que actúa al respecto de manera bastante casuística: algunas veces dicta las respectivas consecuencias jurídicas, basado en determinados principios; pero otras, sigue principios diferentes.

Los legados especiales son: 1) el legado de cosa ajena (que, a su vez, comprende tres subtipos, a saber: legado de cosa propiedad de un tercero, legado de cosa propiedad de un heredero o de otro legatario y legado de cosa que ya era propiedad del mismo beneficiario del legado); 2) el legado de cosa que sólo pertenece en parte al testador, a un heredero o a otro legatario; 3) el legado de cosa mueble determinada sólo *in genere*; 4) el legado de cosa designada como propia; 5) el legado de cosa designada como existente en determinado lugar; 6) el legado de crédito o de liberación de deuda; 7) el legado de prestaciones periódicas, en general y el de alimentos, en particular; y 8) el legado alternativo.

A continuación analizamos cada uno de ellos.

## 63-A. LEGADO DE COSA AJENA

Para que pueda hablarse de legado de cosa ajena, se requiere el concurso de las siguientes condiciones: que para la fecha del otorgamiento del testamento, el testador no tenga derecho alguno ni siquiera eventual, condicional o parcial, sobre el bien objeto de la institución; y que el bien en cuestión no sea un mueble determinado sólo en su género o especie.

A los efectos de precisar si la cosa objeto de la institución pertenece o no al causante, ha subsistido en nuestra legislación –al menos hasta cierto punto– la denominada *regla catoniana* del Derecho Romano, según la cual debe considerarse como si el testador hubiera fallecido en el mismo momento de otorgar su acto de última voluntad: en consecuencia, por regla general, se considera legados de cosas ajenas, aquéllos cuyos objetos no figuraban en el patrimonio del testador, para la fecha del otorgamiento de su testamento[11].

Por otra parte, si el testador tenía algún derecho sobre el bien objeto del legado, aunque fuera eventual, condicional o sólo parcial, no puede hablarse de cosa ajena, puesto que al menos algo de la misma pertenecía a aquél: estaríamos más bien entonces ante un caso de legado de cosa que sólo pertenece en parte al testador (*infra*, nº 63-B).

Finalmente, tampoco se considera legado de cosa ajena, aquél cuyo objeto es un bien mueble determinado únicamente en su género o especie (*v.gr.*: dinero, productos agropecuarios, etc., etc.), aunque nada de ese género o especie exista en el patrimonio del testador para el momento del otorgamiento del testamento o para el de la apertura de la sucesión. En tales hipótesis existe otro tipo diferente de legado especial (*infra*, nº 63-C).

Repetiremos que el legado de cosa ajena comprende tres subtipos distintos, a saber: a) legado de cosa propiedad de un tercero; b) legado de cosa propiedad de un heredero o de otro legatario; y c) legado de cosa que ya era propiedad del beneficiario de la institución particular.

a) *Legado de cosa propiedad de un tercero.*

Dice el art. 902 CC: "El legado de cosa ajena es nulo, a menos que se declare en el testamento que el testador sabía que la cosa pertenecía a otra persona. En este caso, el heredero podrá optar entre adquirir la cosa legada para entregarla al legatario o pagarle su justo precio. Sin embargo, si la cosa legada pertenecía a otro cuando se otorgó el testamento, y se hallare en la propiedad del testador al tiempo de su muerte, el legado será válido".

---

11 Al respecto, *cfr.*: *Digesto*, XXXIV, VII, I, pr.- La regla catoniana constituye, pues, una excepción al principio de que lo que priva en materia testamentaria es la situación existente para la fecha de la apertura de la sucesión.

De manera pues que, en principio, el legado de la cosa propiedad de una tercera persona, es *absolutamente ineficaz*, pues se debe presumir que al efecto el testador incurrió en error obstativo. Sin embargo, por lo que respecta a la norma transcrita, no se consideran terceras personas los herederos ni los otros legatarios del testador, en virtud de la previsión del art. 903 CC, a la cual nos referimos poco más adelante (legado de la cosa propiedad del heredero o de otro legatario).

La expresada regla general, empero, sufre dos excepciones.

La primera, si en el propio testamento, el causante declara conocer que no le pertenece el bien o la relación jurídica objeto del legado: de suceder así, el referido legado es *válido*. Al respecto cabe observar que la única prueba admisible, en dichos casos, es el testamento mismo del *de cujus*; de manera que aquí se hace excepción a la regla del ap. del art. 901 CC (según la cual se considera debidamente determinado el objeto de la institución testamentaria, aunque no resulte así del propio testamento, si puede precisarse la voluntad del *de cujus* con el auxilio de otros documentos o hechos claros: *supra*, nº 56-C). El legislador ha querido ser particularmente rígido en la materia que ahora nos ocupa, a fin de evitar cualquier eventual problema de interpretación de la voluntad del testador.

No obstante, basta que en el testamento conste claramente, de una u otra manera (expresa o tácita), que su otorgante estaba consciente de que legaba algo que no le pertenecía[12]. Y más aún, no es indispensable que tal constancia aparezca en el mismo testamento en el cual se instituye el legado, sino que éste es igualmente válido cuando el testador declara, en otro testamento diferente, conocer dicha circunstancia, ya que la última voluntad del causante, en definitiva, es la que resulta del conjunto de todos sus testamentos válidos y eficaces que existan para la fecha de apertura de la sucesión[13].

---

12 En virtud del principio de la ausencia de sacramentalismos en las instituciones testamentarias (*supra*, nº 56-A), el testador goza de la más amplia libertad para expresar su conocimiento de que el bien legado no le pertenece: puede decirse así de manera expresa; o bien, puede limitarse a señalar el nombre del propietario del bien ("Lego a XX la casa de habitación de NN"); también puede simplemente señalar su voluntad de que el legado se considere válido aunque el bien objeto del mismo no le pertenezca ("Lego a XX la finca 'Los Apamates', ubicada en jurisdicción de la Parroquia Petare del Municipio Sucre del Estado Miranda, ya sea que se encuentre en mi patrimonio para la fecha de mi muerte o de que para entonces pertenezca a otra persona"); etc., etc.

13 Las reglas vigentes en nuestro Derecho, relativas al legado de cosas que no pertenecen al testador, si bien son de origen romano (*Institutas*, II, XX, 4; *Digesto*, XXII, III, 21 y XXXI, 67, 8; etc.), nos han llegado directamente del CC italiano de 1865 (arts. 837 y sigs.).- Las mismas, por lo demás, son –al menos en apariencia– radicalmente distintas de las vigentes en el Derecho Francés, según el cual todo legado de cosa ajena es nulo, independientemente de que el testador supiera o no que no le pertenecía (art. 1.021 Código Napoleón). No obstante, la doctrina y la jurisprudencia franco-belga, han concluido de manera sistemática que dicha regla en nada afecta la validez de tales legados, si de acuerdo con la voluntad del testador, ellos han sido instituidos como una carga (o modo) para el heredero, en el sentido de imponer a éste la obligación de adquirir de su propietario el bien en cuestión, para entregarlo al beneficiario. Al respecto, *cfr.:* Planiol & Ripert, *op. cit.*, T. V, nº 604, pp. 640-641; Colin & Capitant, *op. cit.*, T. VIII, pp. 79-80; De Page, *op. cit.*, T. VIII-1, nº 242, pp. 331-332; etc.

La otra excepción a la regla general del referido art. 902 CC, consiste en que si el bien objeto del legado pertenecía a un tercero para la fecha del otorgamiento del testamento, pero se encuentra en el patrimonio del causante para el momento de la apertura de su sucesión, dicho legado es válido y eficaz. La explicación que da la mayor parte de la doctrina a esta segunda excepción se funda en la interpretación de la voluntad del causante: debe estimarse que éste procedió a adquirir el bien objeto del legado, con posterioridad al otorgamiento de su testamento, precisamente para convalidar esa institución particular[14].

A los efectos del cumplimiento del legado de la cosa propiedad de un tercero, la ley permite al heredero obligado al efecto, a optar por adquirirla de su dueño para entregarla al legatario o, simplemente, por pagar a éste el justo precio del bien legado. No se trata de que dicho heredero deba procurar primero adquirir de su propietario el bien legado y que, sólo si fracasa al efecto –sea porque dicho dueño no quiera vender la cosa en cuestión o porque aspire por ella un precio exagerado– pueda entonces ese obligado pagar su justo valor al legatario: el heredero puede perfectamente, si así lo desea, no hacer diligencia o esfuerzo alguno para adquirir el bien objeto del legado, sino limitarse *ab initio* a pagar el justo precio de ella al legatario instituido[15]. Pero debe tenerse al efecto en cuenta que no nos encontramos aquí ante un caso de legado alternativo (*infra*, nº 63-H), puesto que si así fuera y la cosa del tercero pereciese sin culpa del heredero antes de su entrega al legatario, éste siempre tendría el derecho de optar por exigir el pago del justo precio de esa cosa y, en la hipótesis que nos ocupa, no procede nada de eso: se trata simplemente de un legado de *cumplimiento alternativo*, pues si se pierde la cosa del tercero, objeto del legado, sin culpa del heredero (y sin que éste haya incurrido en mora), dicha institución particular queda sin efecto y el legatario tampoco puede entonces exigir del heredero el pago del precio justo de dicho bien[16].

---

14 Al respecto, *cfr.*: Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. XI, nº 21, p. 47; Ricci, *op. cit.*, T. VIII, nº 360, pp. 499-500; Sanojo, *op. cit.*, T. II, nº 290, pp. 261-262; Dominici, *op. cit.*, T. II, p. 148; etc.- Por el contrario, Polacco (*op. cit.*, T. I, pp. 394-396) estima que la excepción se funda, simplemente, en el principio general de que a todos los efectos de las disposiciones testamentarias, se toma en cuenta la situación existente en la fecha de la muerte del causante. Contrariamente al pensamiento de tan distinguido maestro, consideramos que los arts. 902, 903 y 908 CC (equivalentes a los arts. 837, 838 y 843 CC italiano de 1865), constituyen una evidente manifestación de la supervivencia en nuestro Derecho de la regla catoniana, aludida poco antes, motivo por el cual, en lo relativo a la determinación de si el objeto del legado es o no una cosa ajena, debe atenderse –en principio– a la situación imperante en la fecha de otorgamiento del testamento.

15 Por el contrario, en Roma, el heredero no podía optar por pagar al legatario el justo valor de la cosa ajena legada, sino cuando la adquisición de ésta no era posible; al respecto, *cfr.: Institutas*, II, XX, 4.

16 En el mismo sentido, *cfr.*: Polacco, *op. cit.*, T. I, pp. 393-394.

b) *Legado de cosa propiedad de un heredero o de otro legatario.*

Dispone el art. 903 CC: "Si el testador ordena entregar a un tercero una cosa perteneciente al heredero o legatario, deberá entregarse la cosa para tener derecho a la disposición testamentaria. Sin embargo, si la cosa hubiere salido del patrimonio del heredero o legatario, podrá optar entre entregar la cosa o pagar su justo precio".

De manera que, a diferencia de lo que acontece con el legado de una cosa propiedad de un tercero totalmente extraño a la herencia, el legado de un bien (o de una relación jurídica) propiedad de alguno de los herederos o de otro legatario (sublegado), es *válido*, independientemente de que el testador conociera o no que dicho objeto no le pertenecía.

Ninguna justificación ha podido dar hasta ahora la doctrina para ese singular comportamiento del legislador, puesto que –en esencia– se trata de un legado de cosa ajena y por ende, lo lógico sería aplicar al caso la misma regla general del art. 902 CC. Por lo demás, en cuanto a explicaciones sobre el particular, la más conocida es la de Papiniano, quien al respecto opinaba que "son más fáciles [de cumplir] las voluntades para legar cosas propias, que para comprar las ajenas y gravar a los herederos, lo que no sucede en este caso [legado del bien perteneciente al sucesor universal], cuando el dominio de la cosa está en el heredero"[17].

Observamos por nuestra parte que, dada la redacción de la norma transcrita y, a diferencia de la empleada en la disposición relativa al legado de la cosa perteneciente a un tercero totalmente extraño a la herencia (art. 902 CC), el legislador aparentemente trata el legado del bien propiedad del heredero o de otro legatario, como una especie de carga o modo impuesto por el testador a su sucesor universal o particular obligado (aunque desde el punto de vista técnico no debe en dicho caso hablarse de modo, puesto que la institución implica un beneficio o una liberalidad hecha para favorecer *directamente* a la persona a quien se deja la cosa que pertenece al heredero o a otro legatario: *supra*, nº 57-C).

La disposición contenida en la segunda parte del citado art. 903 CC, aunque chocante a primera vista, constituye una lógica consecuencia de la *regla catoniana*: de acuerdo con ella, en caso de que el bien objeto de la institución particular, perteneciera al heredero o a otro legatario para la fecha de otorgamiento del testamento del causante, pero no para el momento de la apertura de la sucesión, el legado continúa siendo válido, pero el obligado a cumplirlo puede optar por readquirir la cosa para entregarla al beneficiario, o por pagar a éste su justo precio[18]. Además, tiene por finalidad evitar que el heredero o legatario sobre quien pesa la obligación de pagar el legado del bien que le pertenece, pretenda eludirla enajenando el bien en cuestión antes de la muerte del testador. Es obvio, sin embargo, que no se trata de una norma de orden público, razón por la cual el causante puede derogarla en su testamento.

---

17 *Digesto*, XXXI, 67, 8 (los paréntesis son nuestros).

18 Tal como en el caso al cual se refiere el art. 902 CC, aquí tampoco se trata de legado alternativo, sino de legado de *cumplimiento alternativo*, a opción del obligado a satisfacerlo.

c) *Legado de cosa que ya era del beneficiario de la institución particular.*

Expresa el art. 908 CC: "Es nulo el legado de una cosa que era ya de la propiedad del legatario cuando se otorgó el testamento. Si él la ha adquirido después de dicho otorgamiento, del mismo testador o de otra persona, tendrá derecho a su precio, cuando se reúnan las circunstancias de los artículos 902 ó 903 y no obstante lo que se establece en el artículo 955; a menos que en uno u otro caso la cosa haya llegado al legatario por un título puramente gratuito".

Efectivamente, carece de todo sentido teórico y de toda utilidad práctica, pretender beneficiar a una persona legándole algo que ya le pertenece. De ahí que la norma transcrita consagre la *nulidad* del legado del bien que –para la época del otorgamiento del testamento– pertenecía al beneficiario del mismo.

¿Pero qué decir cuando el legatario, si bien era propietario de la cosa legada en la fecha del testamento, había dejado de serlo para el momento de la apertura de la sucesión, por haberla enajenado *medio tempore*? El caso no está previsto en la disposición que comentamos, pero la generalidad de la doctrina estima que en esa hipótesis el legado es igualmente nulo, incluso cuando su objeto se encuentra en el patrimonio del testador, para la fecha de la muerte de éste: todo ello por aplicación de la *regla catoniana*, rectora en esta materia, que sólo permite atender a la situación existente para la fecha del testamento[19]. Es obvio, sin embargo, que el testador perfectamente puede disponer otra cosa en su acto de última voluntad, toda vez que no se trata de materias en las cuales esté interesado el orden público.

En cambio, el legislador sí prevé la situación de que la cosa legada, que no pertenecía al legatario cuando se otorgó el testamento, haya llegado a ser de su propiedad por acto posterior, independientemente de que su causante haya sido el mismo testador o cualquier otra persona. El ap. del art. 908 CC señala que en tales supuestos, el legatario instituido tiene derecho al *precio* del bien objeto del legado, en los siguientes casos: i) si para la fecha del testamento, dicha cosa pertenecía al testador; ii) si para la fecha del testamento, la cosa era propiedad de un tercero y del testamento del causante resulta que él conocía que legaba una cosa ajena; y iii) si para la fecha del testamento la cosa legada pertenecía a un heredero o a otro legatario (independientemente de

---

19 En ese sentido, *cfr.*: Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. XI, nº 24, pp. 49-50; Ricci, *op. cit.*, T. VIII, nº 363, pp. 509-514; Sanojo, *op. cit.*, T. II, nº 295, p. 264; Farrera, *op. cit.*, nº 244, pp. 206-207.- *Contra*: Polacco (*op. cit.*, T. I, pp. 398-400), quien, como ya hemos dicho, niega la supervivencia de la *regla catoniana* en el Derecho contemporáneo.
A nuestro juicio, la opinión mayoritaria de la doctrina, es la técnicamente correcta. Contrariamente al criterio de Polacco, la previsión del ap. del art. 902 CC no puede ser aplicada al caso del legado de la cosa que ya pertenecía al legatario cuando el causante testó, por tratarse de una norma de carácter excepcional, consagrada para el caso del legado del bien que para la fecha del testamento pertenecía a un tercero (no heredero ni legatario) y que, por consiguiente, no es susceptible de extensión por vía de analogía.

que el testador estuviera o no consciente de que se trataba de una cosa que no le pertenecía). Pero en todas esas hipótesis, es además indispensable que la adquisición del bien legado, por parte del legatario, haya sido por acto a título oneroso; ello por aplicación de la regla romana: *nam traditum est, duas lucrativas causas in eundem hominem et in eandem rem concurrere non posse* (no pueden concurrir dos causas lucrativas en una misma persona y sobre una misma cosa)[20].

Dada la redacción de la norma que nos ocupa y tomando en cuenta que ella se basa en la voluntad presunta del testador, estimamos que en los casos a que la misma se refiere, el derecho del legatario instituido tiene como objeto –única y exclusivamente– el mismo precio que él pagó por el bien a que se refiere el legado; sin que al efecto tenga relevancia alguna su verdadero valor de mercado, para la fecha de su adquisición o para la apertura de la sucesión[21].

Cabe observar, finalmente, que cuando el legatario instituido ha adquirido a título oneroso y del propio causante, el bien objeto del legado, la aludida regla del ap. del art. 908 CC, hace excepción a la norma general según la cual, la enajenación de la cosa legada hecha por el testador, produce la revocación del legado (art. 955 CC) (*infra*, nº 79-B, 3).

## 63-B. Legado de cosa perteneciente sólo en parte al testador, al heredero o a otro legatario

"Si el testador, el heredero o el legatario son propietarios sólo de una parte de la cosa legada o de un derecho sobre ella, el legado no será válido sino relativamente a aquella parte o a este derecho; a menos que aparezca en el mismo testamento que el testador conocía tal circunstancia: en tal caso se procederá de conformidad con el artículo 902" (art. 904 CC).

En esencia, la norma antes copiada no es sino un lógico desarrollo de las previsiones de los arts. 902 y 903 CC, antes estudiados (*supra*, nº 63-A).

La norma copiada alude los casos en los que el testamento señala como objeto del legado a determinado bien (*v. gr.*: "Lego a NN el Edificio 'Principal', ubicado en la Primera Avenida de la Urbanización Santa Eduvigis, jurisdicción del Municipio Sucre del Estado Miranda") y luego resulta que el mismo sólo pertenece en parte al testador –o a un heredero o a otro legatario suyo– (por consiguiente la propiedad del bien en cuestión corresponde a una comunidad); o que el testador –o un here-

20 *Institutas*, II, XX, 6.

21 En el mismo sentido, *cfr.*: Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. XI, nº 25, pp. 53-54; Ricci, *op. cit.*, T. VIII, nº 365, pp. 519-521.

dero u otro legatario de aquél– es titular de sólo cierto derecho sobre ese bien (*v.gr.*: usufructo por tiempo determinado)[22].

En tales supuestos, pues, la disposición testamentaria se considera *válida, pero limitada a la parte del bien o al derecho sobre éste, que pertenezca al causante o a cualquiera de sus herederos o a otro legatario suyo*[23].

No obstante lo antes expuesto, si el testador, en el propio acto de última voluntad[24], aclara además –de una u otra manera– que está en cuenta de que parte del bien legado pertenece a tercera persona, entonces la institución es válida por la totalidad del bien o por la plena propiedad del mismo, según fuere el caso, ya que se trataría del legado de una cosa que, en parte, pertenece al *de cujus* o a uno de sus herederos o a otro legatario suyo (o sobre la cual el testador, su heredero u otro legatario de aquél sólo tiene determinado derecho) y que en parte, pertenece a un tercero, pero que –en definitiva– reúne los extremos previstos en el art. 902 CC para ser eficaz. Dentro de dichos supuestos, el obligado a pagar tal legado puede optar –como se prevé en dicho art. 902 CC– por adquirir el resto del bien legado y entregarlo al legatario junto con la parte o derecho sobre el mismo que ya tenía, o bien por entregar al legatario sólo dicha parte o derecho, además del justo precio del resto del bien en cuestión (*supra*, nº 63-A, a).

## 63-C. Legado de cosa mueble determinada sólo *in genere*

Expresa el art. 905 CC: "Es válido el legado de una cosa mueble indeterminada, de un género o especie, aunque nada de aquel género o especie se encontrare en el

22 No se trata, pues, de las situaciones en las cuales el testador, siendo propietario de sólo una parte del bien, o de únicamente de cierto derecho sobre el mismo, señala en el testamento como objeto de su legado, esa parte del bien en cuestión o a tal derecho respecto de él (*v.gr.*: "Lego a NN todos los derechos que me corresponden sobre la casa ubicada en la Parroquia Catedral de la ciudad de Caracas, entre las esquinas de El Conde y Las Carmelitas, Nº 48"; "Lego a NN lo que aún subsista del derecho de usufructo por tiempo determinado que tengo sobre la Hacienda 'El Faro', ubicada en Naiguatá, Estado Vargas"). En efecto, cuando el testador limita su institución, precisamente al derecho o a la parte que le corresponde sobre determinado bien, no existe dificultad ni problema alguno en la interpretación de su voluntad y por ende, no se requiere ayuda del legislador al respecto. Lo mismo cabe decir si el objeto del legado es solamente determinado derecho o parte de un bien perteneciente al heredero o a otro legatario (*v.gr.*: "Lego a NN derechos equivalentes a la cuarta parte de la plena propiedad del Haras 'San Roque', ubicado en jurisdicción del Municipio Valencia del Estado Carabobo"; y, de hecho, aunque esos derechos no existen en el patrimonio del testador, sí pertenecen a uno de sus herederos o a otro legatario suyo).

23 Cabe observar que cuando se trata de que sólo parte del bien o algún derecho sobre el mismo, pertenece no ya al testador, sino a alguno de sus herederos o a otro legatario suyo, simplemente se estará en presencia de un caso específico de aplicación de la norma del art. 903 CC (legado de cosa propiedad del heredero o de otro legatario: *supra*, nº 63-A, b).

24 Hay aquí otra excepción a la regla del ap. del art. 901 CC, referente a la determinación del objeto del legado (*supra*, nº 56-C), pues no se admite que ella resulte de otros documentos extraños al acto de última voluntad, ni tampoco de otros hechos, aunque sean indubitables.

patrimonio del testador cuando se otorgó el testamento ni en la época de la muerte del testador".

Comenzaremos por precisar que, aunque la redacción de dicha norma no es del todo feliz, la misma se refiere al legado de bienes muebles que no han sido determinados por el testador de manera individual (*v.gr.*: "Lego *mi* escritorio..."), sino sólo en cuanto al género o especie a que ellos pertenecen (*v.gr.*: "Lego *un* escritorio...").

Dicha disposición, por otra parte, utiliza las palabras *género* y *especie*, como sinónimas; y las emplea en su acepción más vulgar, que es la de todo conjunto de seres o de cosas –no individualizadas– que son de la misma naturaleza y semejantes entre sí, tales como: trigo, maíz, vino, caballos, vacas, ovejas, automóviles, cuadros, acciones de compañías anónimas, etc., etc., y –particularmente– dinero.

Los supuestos de hecho de la previsión contenida en el art. 905 CC, son los siguientes:

1) Como acabamos de indicar, el mismo alude solamente a aquellas instituciones testamentarias a título particular, en las cuales el causante no determina de manera individual el objeto de la misma, sino que lo hace por referencia al género o a la especie a que dicho objeto pertenece. *V.gr.*: "Lego a NN un automóvil".

Desde luego, aun dentro de esa situación, es indispensable que el objeto del legado esté suficientemente precisado en el testamento en todo su alcance y extensión (o que pueda serlo recurriendo a otros documentos o hechos claros), puesto que de otra manera no quedarían debidamente cubiertos los extremos exigidos por el ap. del art. 901 CC (*supra*, nº 56-C). Por consiguiente, para ser válida, la disposición no puede adolecer de vaguedad en cuanto al señalamiento del género o de la especie del objeto del legado, ni tampoco en lo tocante a la cantidad o medida de dicho objeto. En tal sentido, serían nulas –por ejemplos– las siguientes disposiciones: "Lego a NN un animal" (no es posible precisar el objeto mismo del legado); "Lego a NN trigo" (el legado queda completamente indeterminado en cuanto a su cantidad).

Pero, por otra parte, el concepto de género o de especie, en el citado art. 905 CC, es sumamente amplio, de manera que igualmente comprende *subgéneros* o *subespecies* de cualquier género o especie, como lo aclaramos en los siguientes ejemplos. Hay legado de cosa determinada sólo *in genere*, si el testador dispone: "Lego un juego de comedor..."; pero igualmente lo habría, si dice: "Lego un juego de comedor de estilo Chippendale...". De la misma manera, hay legado de ese tipo cuando el causante establece: "Lego un cuadro al óleo de Tito Salas..."; o bien: "Lego una escultura de Francisco Narváez..."; etc.

2) La disposición en comentario se refiere, exclusivamente, a las instituciones particulares en las cuales el testador *no hace* alusión alguna a que el bien objeto del legado (determinado sólo en cuanto a su género o especie), se encuentra en su pa-

trimonio. Si no fuere ése el caso, es decir, si el causante señala que el bien *in genere* objeto del legado existe en su patrimonio (*v.gr.*: "Lego a NN dos de mis caballos"), entonces no cabe aplicar la regla del art. 905 CC, sino la de otro tipo de legado especial, que reglamenta el art. 906 *ejusdem* (legado de cosa designada como propia: *infra*, nº 63-D).

3) La previsión del art. 905 CC sólo funciona cuando el objeto del legado es un bien *mueble* (determinado *in genere*) y, por consiguiente, no abarca ni comprende los inmuebles (aunque, de hecho, éstos también son susceptibles de señalamiento con referencia a sólo su género o especie: una casa, un edificio, una finca rural, etc.).

Esa diferenciación entre muebles e inmuebles, a los efectos del legado de cosas señaladas únicamente *in genere*, nos viene del Derecho Romano, que no admitía su validez cuando se refería a inmuebles. éstas como la diversidad de éstos puede ser mucho más notoria (en cuanto a su importancia, tamaño y demás características) –aun entre los correspondientes a un mismo tipo (*v.gr.*: casas)– que la que generalmente existe entre bienes muebles de un mismo género, una referencia tan vaga al objeto de la disposición testamentaria equivalía a dejarlo absolutamente indeterminado[25].

Empero, precisamente en base a la aludida regla romana, la doctrina es conteste en el sentido de que si bien carece de validez el legado de un inmueble determinado sólo *in genere* (*v.gr.*: un apartamento), cuando ningún bien de ese tipo figura en el patrimonio del testador para la fecha de apertura de su sucesión, en cambio si algún inmueble de dicho género existe para entonces en ese patrimonio, la institución es válida y debe cumplirse entregando al legatario alguno de los inmuebles de la especie indicada por el testador, que éste haya dejado[26].

4) Tal como lo prevé ap. del art. 938 CC, en caso de que en el patrimonio hereditario existan cosas muebles del género o especie objeto del legado, éste debe interpretarse como *integrado precisamente por esos bienes* y no por otros del mismo género o especie que puedan existir fuera de tal patrimonio. *V.gr.*: si el testador dispuso, "Lego 100 toneladas de azúcar a NN" y para la fecha de apertura de la sucesión existe ésa o mayor cantidad del producto en el patrimonio hereditario, el legado se considera referido, específicamente, a la totalidad o parte –según el caso– del azúcar que allí se encuentra y no de otro.

Si se dan los referidos supuestos de hecho de la disposición contenida en el art. 905 CC, el legado del bien determinado únicamente por su género o especie, es *válido*,

---

25 Al respecto, *cfr.*: *Digesto*, XXX, 71, pr.
La norma del art. 905 CC, fue copiada del art. 840 CC italiano de 1865; su equivalente en el CC italiano de 1942 (art. 653), admite la validez del legado de bienes determinados sólo en su género o especie –existan o no en el patrimonio del causante– ya se trate de muebles o de inmuebles.

26 Al respecto, *cfr.*: Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. XI, nº 25, p. 57; Polacco, *op. cit.*, T. II, pp. 404-405

aunque ninguna cosa de ese género o especie exista o haya existido alguna vez en el patrimonio del *de cujus*.

Ahora bien ¿cómo debe cumplirse un legado de ese tipo?

La elección específica del bien o de los bienes determinados sólo *in genere* por el testador, corresponde –en primer término– a la persona señalada al efecto por él: sus herederos (o alguno de ellos), o el propio legatario, o un tercero. En caso de que el testador no hiciere designación alguna al respecto, la ley dispone que el derecho de elegir la cosa legada corresponde al heredero (art. 934 CC); sin embargo, consideramos que la citada norma debe interpretarse en el sentido de que la persona llamada entonces a efectuar la correspondiente selección, es la misma sobre quien recaiga la obligación de cumplir el legado: normalmente serán todos los herederos, pero bien podría tratarse de sólo alguno de ellos, o bien otro de los legatarios (si fuere el caso de un sublegado), según lo haya establecido el causante. Por último, si el testador ha encomendado a un tercero la elección del bien objeto del legado y ese designado no puede o no quiere efectuarla, tal escogencia debe llevarla a cabo la correspondiente autoridad judicial (art. 935 CC).

En caso de fallecer el heredero o el legatario a quien corresponda la elección antes de haberla hecho, ese derecho pasa a sus herederos (art. 938 CC).

Cuando la escogencia de la cosa objeto del legado toca a la misma persona obligada a cumplirlo (herederos, alguno de los herederos o legatario gravado con un sublegado), ella no está obligada a entregar al beneficiario del legado una cosa de la mejor calidad –correspondiente al género o especie indicada por el testador– pero tampoco puede liberarse mediante la entrega de un bien de la peor calidad –dentro de dicho género o especie– (art. 934 CC): de manera que, en definitiva, su obligación se concreta a entregar un bien de calidad media, del género o de la especie en cuestión. Pero si algún bien de ese género o especie existe en el patrimonio del testador, la elección se debe restringir a alguno de los bienes de ese género o especie que haya en dicho patrimonio, salvo que el testador hubiere dispuesto otra cosa (ap. del art. 938 CC).

De modo similar, cuando la elección del bien objeto del legado corresponde a un tercero o a la autoridad judicial, también se debe escoger una cosa de calidad media, entre las que pertenecen al género o especie en cuestión y no una de la mejor calidad, ni tampoco de la peor (ap. del art. 934 y art. 935 CC). Empero si en el patrimonio hereditario existe una o más cosas pertenecientes al género o especie del legado, la selección del tercero o del juez debe efectuarse únicamente de entre los bienes que allí haya, salvo disposición en contrario del testador (ap. del art. 938 CC).

Finalmente, cuando toca al propio beneficiario del legado la elección de la cosa objeto del mismo, él igualmente debe seleccionar alguna de calidad media, es decir, no puede elegir una de las mejores, pero tampoco está obligado a conformarse con una de las peores, de las correspondientes al respectivo género o especie; salvo que

la elección deba llevarse a cabo de entre bienes existentes en la herencia, caso en el cual el legatario puede seleccionar la que prefiera de ellas, aunque sea la mejor (art. 936 CC). Pero cuando en la herencia existen cosas pertenecientes al género o especie objeto del legado, el legatario tiene que limitar su selección a alguna de ellas (o a la que haya, si sólo existe una), sin poder pretender que se le entregue otra que esté fuera de ese patrimonio, salvo que el testador haya dispuesto de diferente manera (ap. del art. 938 CC).

En todo caso, una vez efectuada la elección de la cosa objeto del legado por la persona a quien corresponda ese derecho, la misma se considera definitiva y no susceptible de revocación ni de modificación (art. 938 CC).

## 63-D. Legado de cosa designada como propia

Indica el art. 906 CC: "Cuando el testador haya dejado como de su propiedad una cosa particular o comprendida en cierto género o especie, el legado no tendrá efecto si la cosa no se encuentra en el patrimonio del testador al tiempo de su muerte. Si la cosa se encuentra en el patrimonio del testador en el momento de su muerte, pero no en la cantidad indicada en la disposición, el legado no tendrá efecto sino por la cantidad que se encuentre en él".

La norma comprende tanto el legado de cosa individualmente determinada (*v.gr.*: "Lego a NN mi casa de playa"), como el de cosa determinada únicamente en su género o especie (*v.gr.*: "Lego a NN 100 de mis acciones de C.A. La Electricidad de Caracas"); aunque siempre dentro del supuesto de que el testador haya hecho alusión –de una u otra manera– a que se trata de bienes de su propiedad.

Contrariamente a lo que sucede en los casos de legados de cosa ajena, en materia de legados de cosa designada como propia no rige ya la regla catoniana (según la cual, a los efectos de determinar si el objeto del legado pertenece o no al testador, se toma en cuenta –al menos en principio– la situación que exista para el momento del otorgamiento del testamento: *supra*, nº 63-A), sino que –por mandato legal– se atiende al estado de las cosas para la fecha de la apertura de la sucesión: cuando el bien objeto del legado se encuentra en el patrimonio del testador para la fecha de la apertura de la sucesión, el referido tipo de legado es *válido*; en cambio, si nada del bien en cuestión existe para ese momento en dicho patrimonio, la disposición es *totalmente ineficaz*; y si el causante ha dejado a su muerte el bien en cuestión, pero en menor cantidad de la expresada en su testamento, la institución es *válida sólo por la cantidad que exista.*

Pasamos a explicar la razón de ser de tales reglas.

Si para le momento cuando el causante otorgó el testamento, la cosa objeto del legado le pertenecía, pero después salió de su patrimonio, el legado tendría que considerarse revocado, a tenor de lo señalado al efecto por el art. 955 CC (*infra*, nº 79-B,

3). Tal ineficacia de la institución se produce incluso cuando el bien legado ha sido adquirido en vida del causante, por el propio beneficiario del legado, toda vez que en esa hipótesis no cabe aplicar la previsión del ap. del art. 908 CC (*supra*, n° 63-A, c), porque no se reúnen las circunstancias previstas en los arts. 902 ó 903 *ejusdem*, ya que –de conformidad con el propio texto del testamento– resulta claro que el testador quiso legar, precisamente, una cosa suya (y no una cosa ajena). Esto último permite igualmente entender, que si el bien legado y designado por el testador como propio, existe en su patrimonio para la fecha de apertura de la sucesión, pero en menor cantidad que la señalada en el acto de última voluntad, la institución es válida hasta por la cantidad de dicho bien que se halle en el caudal hereditario (*v.gr.*: si el causante dispuso "Lego a NN mis dos automóviles" y, para la fecha de su muerte, el causante no tenía sino uno, el legado es válido por el automóvil existente).

Cuando en los casos a que se refiere el art. 906 CC, el objeto del legado es una cosa determinada sólo *in genere* (pero perteneciente al causante), la elección del mismo debe hacerse también tomando en cuenta las reglas previstas al efecto en los arts. 934936 y 938 CC, antes estudiadas (*supra*, n° 63-C, *in fine*).

## 63-E. LEGADO DE COSA DESIGNADA COMO EXISTENTE EN DETERMINADO LUGAR

De acuerdo con el art. 907 CC, "el legado de una cosa o de una cantidad designada como existente en cierto lugar, tiene efecto sólo si la cosa se encuentra en él, y por la parte que se halla en el lugar indicado por el testador".

Serían, por ejemplo, casos de ese tipo de legado, los siguientes: "Lego a NN los inmuebles que tengo en la Urbanización Altamira, jurisdicción del Municipio Chacao del Estado Miranda"; "Lego a NN la mitad del dinero que se encuentre en mi cuenta corriente N° 358410 en el Banco de Venezuela"; "Lego a NN la platería que está en mi casa de habitación"; etc., etc.

En todas las hipótesis a que se refiere el copiado art. 907 CC, se debe tomar en consideración solamente la situación real existente en la fecha de apertura de la sucesión, siendo irrelevante la que hubiere correspondido al momento del otorgamiento del testamento, salvo disposición en contrario del testador. En caso de que todo el objeto del legado se encuentre para aquel momento en el sitio señalado por el causante, la disposición es *íntegramente válida*; si en la fecha de la muerte del *de cujus* sólo existe parte del objeto del legado en el lugar indicado por el testador, la institución es *válida únicamente por la parte de la cosa legada que allí haya entonces*; y en el supuesto de que nada de la cosa legada exista, para la fecha de la muerte del causante, donde éste lo expresó, la disposición particular es *totalmente ineficaz*.

Sin embargo, la doctrina reconoce que ese tipo de legado es válido, aunque la cosa no se encuentre en el sitio indicado por el testador, para el momento de la

muerte de éste, si ello se debe a circunstancias puramente accidentales, a menos que resulte otra cosa del testamento (*v.gr.*: si el objeto del legado era la platería de la casa de habitación del causante, el legado es válido incluso por la parte de la misma que para la fecha de su muerte, se encontrara en otro sitio, por razón de reparación, o de limpieza, o de préstamo, etc.; si el objeto del legado era la cuadra de caballos de carrera del *de cujus*, que se encontraba en determinado hipódromo, haras u otro sitio señalado por el testador, la institución es plenamente eficaz incluso respecto de los caballos que normalmente se encuentran en ese lugar, pero que para la fecha del fallecimiento del testador estaban temporalmente en otro sitio por razón de enfermedad, o de competencias, o por cualquier otro motivo meramente accidental)[27].

## 63-F. Legado de crédito o de liberación de deuda

Los créditos, como toda relación jurídica de carácter económico, pueden perfectamente ser objeto del legado. En tal sentido puede hablarse de legado de un crédito que exista a favor del testador; o de un crédito a favor de un tercero (si el causante declara en su testamento conocer esa circunstancia), o de alguno de los herederos o de otro legatario (sublegado de crédito), todo ello por aplicación de las normas contenidas en los arts. 902 y 903 CC; o de un crédito del testador (o de uno de los herederos o de otro legatario), contra el propio legatario (legado de liberación de deuda); o, finalmente y al menos en teoría, de un crédito a favor del mismo beneficiario del legado y en contra del testador.

Así por ejemplos: "Lego a NN el crédito por cien mil bolívares que tengo contra AA" (legado de crédito del testador contra un tercero). "Lego a NN el crédito por cincuenta mil bolívares que AA tiene contra BB" (legado del crédito propiedad de un tercero, que el testador declara en su testamento, que sabe no le pertenece). "Lego a NN el crédito que mi heredero (o mi legatario) ZZ tiene contra AA" (legado de crédito de un heredero o de otro legatario). "Lego a NN los veinte mil bolívares que él me adeuda" (legado de crédito del testador contra el legatario o legado de liberación de deuda). "Lego a NN el crédito de diez mil bolívares que él tiene contra mí" (legado de crédito del legatario contra el testador).

Respecto del legado del crédito perteneciente a un tercero, debemos reiterar que su validez depende de que se cumplan las condiciones exigidas al efecto por el art. 902 CC (*supra*, nº 63-A, a). Por otra parte, también sabemos que, de conformidad con las previsiones del art. 903 CC, el legado de un crédito perteneciente al heredero o a otro legatario es siempre válido, aunque el testador hubiera ignorado que no era de su propiedad (*supra*, nº 63-A, b).

---

27 Al respecto, *cfr.*: Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. XI, nº 29, pp. 64-69; De Ruggiero, *op. cit.*, T. II, Vol. II, nº 148, pp. 506-507; Polacco, *op. cit.*, T. I, p. 406; Cicu, *op. cit.* (*Testamento*), pp. 336-337; Messineo, *op. cit.*, T. VII, nº 200, pp. 244-345.- *Contra*: Ricci, *op. cit.*, T. VIII, nº 370, pp. 531-538.

En relación con el legado del crédito contra el causante, que tiene como beneficiario al propio acreedor del mismo, cabe decir que únicamente tendría sentido y validez, cuando de la respectiva disposición testamentaria resulta algún beneficio especial para dicho acreedor, pues de no ser así, se trataría simplemente de un legado de cosa que ya era propiedad del legatario, cuya ineficacia consagra el art. 908 CC (*supra*, nº 63-A, c). Tal beneficio especial podría ser: la transformación de un crédito quirografario en crédito hipotecario, prendario o garantizado de otra manera; la conversión de un crédito condicional o a término, en crédito puro y simple o de plazo vencido; la transmutación de un crédito que era simplemente obligación natural, en crédito obligación civil; la constitución de una prueba instrumental del crédito del legatario contra el causante, que antes no existía; la revivificación de un crédito que estaba cubierto por la prescripción extintiva; etc.[28].

A los efectos del legado de crédito o de liberación de deuda, se toma únicamente en cuenta la situación del crédito o de la deuda en cuestión, para el momento de la apertura de la sucesión, siendo por tanto irrelevante la que correspondía en la época del otorgamiento del testamento, o a cualquier otra intermedia entre aquélla y ésta. Por consiguiente, dicho legado *sólo es eficaz respecto de la parte o porción del crédito o de la deuda que exista para la fecha de la muerte del testador* (art. 909 CC).

Con fundamento en ese mismo principio legal, resulta obligado concluir que cuando el objeto del legado no es un crédito específico, sino la totalidad o una parte alícuota de todos los créditos del testador, debe considerarse que se trata de los que existan para el momento de la apertura de la sucesión (y no de los que puedan haber existido en la época del otorgamiento del testamento), salvo que sea otra la voluntad del causante[29].

Si el objeto del legado es un crédito del propio testador, el heredero únicamente está obligado a entregar al legatario los correspondientes títulos del mismo, que el

---

28 En principio, la ineficacia del legado del crédito a favor del propio beneficiario del legado, no afecta la validez de la confesión del testador, relativa a su obligación.
Por otra parte, es evidente que el legado del crédito del mismo legatario contra el *de cujus*, no causa impuesto sucesoral, toda vez que –desde un punto de vista fiscal– no constituye un enriquecimiento gratuito para su beneficiario.

29 En el mismo sentido, *cfr.*: Sanojo, *op. cit.*, T. II, nº 296, pp. 265-266.- La doctrina italiana, sin embargo, ha sido sumamente vacilante y poco clara sobre el particular; al respecto, *cfr.*: Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. XI, nº 191, pp. 329-330; Polacco, *op. cit.*, T. I, pp. 407-408.
En todo caso, debe tenerse en cuenta que si el legado comprende la totalidad o una parte alícuota de los créditos del causante y éste no ha hecho aclaratoria alguna adicional sobre el particular, la institución debe interpretarse como referida únicamente a sus créditos propiamente dichos contra terceras personas, sin extenderse a los títulos de obligaciones emitidos por sociedades mercantiles (al portador o nominativas), con arreglo a los arts. 300 y sigs. CCom. y a los arts. 26 y sigs. de la Ley de Mercado de Capitales, propiedad del testador para la fecha de su muerte, puesto que tales obligaciones obedecen más bien al concepto de títulos-valores. En ese mismo sentido, *cfr.*: Polacco, *op. cit.*, T. I, pp. 408-409.

causante tuviera en su poder (ap. del art. 909 CC): no tiene obligación de garantizar la existencia de dicho crédito ni, menos aún, la solvencia del deudor.

En ese sentido el legislador sigue en esta materia, la misma regla general que consagra en lo tocante a donaciones: de acuerdo con el art. 1.458 CC, el donante –en principio– no queda obligado a saneamiento por evicción (situación radicalmente diferente de la que se plantea en materia de cesión de crédito por acto entre vivos, ya que en tal caso el cedente sí garantiza –salvo pacto en contrario– la existencia del crédito en cuestión: art. 1.553 CC)[30]. Por otra parte, en esa misma hipótesis (el objeto del legado es un crédito del propio causante), de acuerdo con el texto del ap. del art. 909 CC, el heredero tampoco está obligado a notificar su cesión al respectivo deudor: tal notificación queda a cargo del propio legatario, quien normalmente puede llevarla a cabo entregando al deudor una copia certificada del testamento[31].

En cambio, cuando el titular del crédito objeto del legado es el heredero, otro legatario o un tercero, es necesario que se lleve a cabo su cesión al legatario, puesto que, en tales supuestos, éste en realidad no es sucesor del causante sino de ese titular del crédito legado (*supra*, n° 62); en consecuencia, el heredero o la persona gravada por el legado debe efectuar ese traspaso o hacer que el tercero acreedor ceda su crédito al legatario instituido[32]. Esto, a su vez, determina la obligación adicional y en principio a cargo del cedente, de notificar dicha cesión al deudor de la obligación[33].

Puede suceder que el testador disponga un legado, en dinero o en especie, en favor de un acreedor suyo. En tal supuesto –siempre y cuando la deuda en cuestión no sea mencionada con motivo de la institución– ésta se considera hecha en adición al crédito del legatario contra el causante y no para pagarlo total o parcialmente (art. 910 CC), salvo, desde luego, que el *de cujus* hubiere señalado lo contrario.

---

30 La doctrina es unánime sobre el particular; al respecto, *cfr.:* Pacifici-Mazzoni, *op. cit.,* T. XI, n° 185, pp. 334-335; De Ruggiero, *op. cit.,* T. II, Vol. II, p. 507; Polacco, *op. cit.,* T. I, p. 407; Cicu, *op. cit.* (*Testamento*), p. 334; Sanojo, *op. cit.,* T. II, n° 296, p. 266; etc.

31 En el mismo sentido, *cfr.*: Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. XI, n° 184, p. 334.

32 Si el legado es un crédito perteneciente a un tercero (y, por hipótesis, el testador ha declarado en el testamento conocer esa circunstancia), el heredero puede optar– de acuerdo con la disposición del art. 902 CC– por constituirse en deudor del legatario por una cantidad y en términos iguales a los del crédito del cual es titular ese tercero (*supra*, n° 63-A, a).

33 Pacifici-Mazzoni (*op. cit.,* T. XI, n° 184, pp. 332-33), también considera que en el caso en referencia es obligación del heredero efectuar o hacer que se efectúe la cesión al legatario del crédito legado. En cambio Polacco (*op. cit.,* T. II, p. 407), estima que aun en dicha hipótesis, no existe mas obligación que la de entregar al legatario los títulos respectivos.
Por lo demás, en el mismo caso de legado de crédito del cual no es titular el causante, consideramos que el objeto de la institución es –única y exclusivamente– la titularidad de la obligación aparente en cuestión y, por ende, no conlleva garantía alguna de existencia de la misma ni de la solvencia del deudor (independientemente de que el crédito sea del heredero, de otro legatario o de un tercero), salvo que el testador haya dispuesto otra cosa.

Y por argumento *a contrario sensu*, es obvio que si el testador es acreedor del legatario y en el acto de última voluntad renuncia a cualquier garantía real o personal de esa acreencia, en principio debe interpretarse que no se trata de un legado de liberación de deuda, sino que su objeto se limita –simplemente– a la liberación de la respectiva garantía, subsistiendo la obligación del legatario para con la herencia, como simplemente quirografaria[34].

## 63-G. Legado de prestaciones periódicas, en general y de alimentos, en particular

El legado de prestaciones periódicas es aquél cuyo objeto lo constituye cierta cantidad de dinero u otros bienes fungibles, que debe ser entregada al beneficiario en determinados períodos y durante cierto tiempo (que puede ser un plazo fijo, o toda la vida del legatario, o toda la vida de la persona encargada de cumplirlo, etc.) o incluso, a perpetuidad. Ejemplos: legado de renta vitalicia; legado de renta por tiempo determinado; legado de alimentos; etc.

Desde el Derecho Romano se considera que ese tipo de legado, en realidad, está constituido por una serie de legados, de los cuales el primero es puro y simple y los restantes están sometidos a la condición suspensiva de que el beneficiario viva para la fecha inicial del período correspondiente a cada uno de ellos, razón por la cual –en términos generales– al fallecer el legatario se extingue el derecho a la prestación periódica[35].

No obstante, cuando el testador ha fijado como duración de ese tipo de legados todo el tiempo que viva una tercera persona o cierto plazo fijo, el derecho a la prestación periódica pasa a los herederos del legatario, si éste fallece antes de la muerte de dicha tercera persona o antes de cumplirse ese plazo fijo.

No debe confundirse el legado de prestaciones periódicas, con el que tiene por objeto una suma específica de dinero o de otros bienes fungibles, pero que debe ser entregada por cuotas al legatario (*v.gr.*: "Lego a NN la suma de cien mil bolívares, que mis herederos deberán entregarle en cuatro partidas semestrales consecutivas, la primera de las cuales comenzará a devengarse en la fecha de mi muerte"). En efecto, en este último caso únicamente hay un legado –no una serie de ellos– sólo que se cumple en varias etapas o cuotas; de ahí que el derecho del beneficiario a todo él, nace al abrirse la sucesión del testador y no queda afectado por cualquier ulterior situación y de manera que si dicho legatario fallece antes de recibir el monto total del legado, el saldo del mismo corresponde y debe ser pagado a sus herederos.

---

34 En el mismo sentido, *cfr.*: Polacco, *op. cit.*, T. I, p. 411.

35 Al respecto, *cfr.*: *Digesto*, XXXIII, I, 4.

En el legado de prestaciones periódicas, éstas comienzan a correr, precisamente, en la fecha de la apertura de la sucesión (art. 930 CC). El instituido se hace titular del derecho a cada prestación, si vive y es capaz para suceder al inicio del respectivo período –aunque muera o se haga incapaz antes del vencimiento del mismo– (art. 931 CC), pero en principio, no puede exigir el pago correspondiente, sino hasta la expiración de ese período (ap. del art. 931 CC). *V.gr.*: Si la prestación periódica consiste en el pago mensual de una suma de dinero y los períodos comienzan el primer día de cada mes calendario, el legatario tendría derecho a la mensualidad de enero, si vive y es capaz para 1° de ese mes; pero sólo podría exigir su pago, a partir del 1° de febrero del mismo año (y de fallecer dicho legatario antes del 31 de enero, sus herederos –sin embargo– tienen el derecho de reclamar y recibir el pago de la cantidad correspondiente al mes de enero)[36].

La duración del derecho a las prestaciones periódicas objeto del legado, es la que haya señalado el testador: éste puede haber fijado al efecto, determinado plazo; o bien, toda la vida del beneficiario; o toda la vida del obligado; o también puede haber señalado de cualquier otra manera, el tiempo de vigencia del beneficio; incluso, como poco antes dijimos, nada se opone a que el mismo sea de carácter perpetuo. ¿Pero hasta cuándo dura, si el causante no señaló término alguno al respecto (*v.gr.*: "Lego una renta de cinco mil bolívares mensuales a NN", sin agregar nada más)? El Derecho Romano consideraba que en tal supuesto, el derecho a la prestación duraba toda la vida del legatario y ese criterio, por ser perfectamente lógico, continúa siendo aceptado por la doctrina[37].

Puede también constituir el objeto del legado de prestaciones periódicas, la renta que produzcan determinados bienes –generalmente de la propia herencia– señalados al efecto por el testador. En ese caso el legatario sólo tiene un derecho personal de percibir esa renta y de reclamar a la persona obligada, la indemnización de los daños y perjuicios que sufra, en caso de inadecuada administración de los bienes en cuestión; pero el legatario no adquiere derecho real alguno sobre los bienes productores de dicha renta, ni tampoco la facultad de administrarlos. En cambio, según dispone el ap. del art. 1.795 CC, cuando se trata de un legado de renta vitalicia y el testador no ha señalado los bienes de cuyos frutos se trata, el legatario tiene el derecho de exigir

---

36 Lo antes dicho parece contradecir, en materia de legado de renta vitalicia, la disposición del art. 1.798 CC, según la cual "la renta vitalicia se debe al propietario en proporción del número de días que haya vivido" (en el respectivo período). Sin embargo, pensamos que la última norma citada sólo se aplica a la renta vitalicia constituida por acto entre vivos, ya que cuando ella deriva de un testamento, debe privar la norma del art. 931 CC.- En el mismo sentido, *cfr.:* Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. XI, nº 142, pp. 267-268; Polacco *op. cit.*, T. I, p. 540.

37 Al respecto, *cfr.*: *Digesto*, XXXIII, I, 4 y 8.- Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. XI, nº 144, p. 270.

al heredero la constitución de hipoteca en favor de aquél, sobre bienes suficientes para garantizar la satisfacción de su renta[38].

El legado de alimentos es uno de los diversos tipos de legado de prestaciones periódicas, que tiene por finalidad esencial atender a la subsistencia y a la satisfacción de las demás necesidades básicas o fundamentales del legatario.

Puede ser establecido por el testador de tres maneras diferentes: en dinero, en especie, o gravando al heredero o a otro legatario con la obligación de recibir y mantener en su casa, al legatario de alimentos (por aplicación analógica del art. 288 CC).

Cuando el legado de alimentos ha sido dispuesto en dinero, el mismo se cumple entregando a su beneficiario, en cada período de los señalados por el testador (cada semana, o cada mes, o cada trimestre, etc.), la cantidad fijada al efecto por dicho causante. En tales casos es indiferente –desde el punto de vista civil– que ese pago periódico sea insuficiente, o que sea suficiente, o que sea excesivo, en relación con las necesidades de vida del legatario: éste no tiene derecho alguno de exigir mayor cantidad, ni el obligado a pagar puede pretender su reducción. Lo mismo cabe decir si el testador ha dispuesto que el legatario reciba en determinadas especies su pensión de alimentos (*v.gr.*: cierta cantidad de comida, cierta cantidad de vestidos, cierta vivienda para su uso, etc.).

Pero si el testador no determinó el contenido preciso del legado en cuestión (*v.gr.*: se limitó a disponer "Lego una pensión de alimentos a NN", o utilizó otra expresión equivalente), debe entonces aplicarse la previsión del art. 911 CC, que dice: "El legado de alimentos comprende la comida, el vestido, la habitación y demás cosas necesarias durante la vida del legatario; y puede extenderse, según las circunstancias, a la instrucción conveniente a su condición social". En dicha hipótesis, por lo demás, si no se llega a un acuerdo entre el obligado y el legatario, en relación con la cantidad que aquél debe entregar periódicamente a éste, el asunto debe someterse a la decisión de la respectiva autoridad judicial, la cual habrá de tomar en consideración, en todo cuanto fuere posible aplicarlas por analogía, las disposiciones relativas a la fijación del monto de la pensión alimentaria *legal* (arts. 294 y 297 CC); además de cualesquiera otros elementos que dicha autoridad estime útiles al respecto.

En el caso poco usual de que el testador haya dispuesto que el heredero u otro legatario deba recibir en su casa y mantener allí al legatario de alimentos, creemos que –salvo acuerdo al respecto entre obligado y legatario– ninguna de dichas partes

---

38 Además, si el objeto del legado de prestaciones periódicas es una renta vitalicia, el testador puede establecer válidamente en su acto de última voluntad, que la misma no estará sujeta a embargo (art. 1.799 CC). De igual modo, se admite que el testador puede válidamente prohibir la cesión de dicho derecho de renta; al respecto, *cfr.*: J.L. Aguilar Gorrondona, *Contratos y Garantías*, 8ª ed., UCAB, Caracas, 1992, pp. 475.

puede pretender que el legado sea cumplido de otra manera (es decir, en dinero o en especie) y, por consiguiente, en dicha hipótesis no funcionan las excepciones previstas en el citado arts. 288 CC, relativas a esa forma de cumplimiento, cuando se trata de la obligación *legal* de alimentos.

Por lo demás, funcionan en materia de legado de alimentos, las mismas reglas generales correspondientes a todo legado de prestaciones periódicas –a las cuales nos acabamos de referir– con sólo la excepción siguiente: el legatario de alimentos tiene derecho de exigir el pago de la cantidad o de las especies correspondientes a cada período (semana, mes, año, etc.), al *inicio* del mismo (ap. del art. 931 CC).

## 63-H. Legado alternativo

Es legado alternativo aquél cuyo objeto está constituido por más de un bien o de una relación jurídica de carácter económico, siempre y cuando al beneficiario de la institución sólo corresponda, en definitiva, alguno o algunos de ellos, pero no todos. Ejemplos: "Lego a NN uno de los edificios de mi propiedad que se encuentran ubicados en el area Metropolitana de la ciudad de Caracas". "Lego a NN dos de los cuadros al óleo de los que haya en mi casa de habitación". "Lego a NN mi casa de playa, situada en Macuto, Estado Vargas, o el apartamento que tengo en el edificio 'Excelsior', ubicado en la Tercera Avenida de Los Palos Grandes, Municipio Chacao del Estado Miranda".

Respecto del legado alternativo son aplicables por analogía, *mutatis mutandi* y salvo disposición legal en contrario, las normas del CC relativas a las obligaciones alternativas (arts. 1.216-1.220). De ello resultan las consecuencias que señalamos a continuación.

i. En los legados alternativos, la elección corresponde a la persona señalada al efecto por el testador, que puede ser el heredero obligado a cumplirlos, o el legatario gravado con el sublegado, o un tercero, o bien, el propio beneficiario del legado alternativo. Sin embargo, cuando el testador no hace señalamiento alguno al respecto, la elección corresponde a la *persona que debe cumplir el legado,* que generalmente es el heredero (art. 937 CC).

Si la elección debe hacerla un tercero indicado por el causante y éste no quiere o no puede llevarla a cabo, entonces debe efectuarla la respectiva autoridad judicial (aplicación analógica del art. 935 CC).

Cuando la elección debe llevarla a cabo el obligado a cumplir el legado, el beneficiario de la manda puede solicitar de la autoridad judicial la fijación de un plazo prudencial a ese efecto (art. 1.212 CC); y si éste vence sin que se haya realizado la entrega, entonces el legatario puede hacer la correspondiente selección, sin perjuicio del derecho del deudor del legado, de liberarse entregando más bien al beneficiario de la institución particular, cualquiera de los otros bienes objeto del legado alternativo (aplicación analógica del segundo ap. del art. 1.217 CC).

ii. Si *todos* los varios bienes objeto del legado han perecido sin culpa del obligado a cumplirlo y sin que éste hubiera incurrido en mora, el legado es ineficaz (aplicación analógica del art. 1.220 CC).

En caso de que de los varios bienes objeto del legado, *alguno o algunos* –pero no todos– hayan perecido sin culpa del obligado a cumplirlo y sin que éste hubiere incurrido en mora, el legado subsiste –como alternativo– sólo por los bienes que no hubieran perecido, o –como legado individual– por el bien que subsista, si sólo hay uno (aplicación analógica de los arts. 1.219 y 1.218 CC).

Cuando *alguno o algunos* de los bienes objeto del legado –pero no todos– han perecido por culpa del obligado a cumplirlo y a éste corresponde la elección, el legado subsiste por el bien o los bienes que aún existan, toda vez que dicho obligado siempre podría seleccionar a alguno de ellos (aplicación analógica del art. 1.218 CC). En esa misma hipótesis, si han perecido *todos* los bienes objeto del legado, el obligado debe indemnizar al legatario con una suma equivalente al precio del último bien que pereció (aplicación analógica del últ. ap. del art. 1.218 CC).

Por último, en el supuesto de que alguno, algunos o todos los bienes objeto del legado hayan perecido por culpa del obligado a cumplirlo y la elección corresponde al legatario, éste puede optar por uno cualquiera de los que subsistan, o por una indemnización equivalente al valor del que él prefiera de los bienes perecidos (aplicación analógica del art. 1.219 CC).

iii. Si la persona a quien corresponda la elección del legado fallece sin haberla efectuado, el respectivo derecho pasa a su heredero; en todo caso, una vez llevada a cabo la elección, ésta es irrevocable (art. 938 CC).

## 64. Momentos de la Sucesión a título particular

En el Capítulo I habíamos visto que en la sucesión por causa de muerte, en general y, particularmente en la sucesión universal, existían tres momentos básicos y fundamentales, a saber: la *apertura* de la sucesión (el patrimonio de una persona natural queda sin titular); la *delación* de la herencia o del legado (determinada persona es llamada por el testamento o por la ley, a convertirse en nuevo titular del patrimonio vacante –sucesión universal– o de determinados bienes del mismo –sucesión particular–); y la *adquisición* de la herencia o del legado (la persona llamada a la herencia o al legado, se convierte efectivamente en nuevo titular de una u otro) (*supra*, nº 7). Allí habíamos indicado, igualmente, que por lo que respecta a la sucesión universal, esos tres momentos se consideran –en definitiva– coetáneamente acaecidos en el instante preciso de la muerte del causante (*supra*, nº 7), lo cual sucede como consecuencia del juego correlativo de los siguientes factores jurídicos: i) la sucesión se abre en el momento de la muerte del causante (art. 993 CC) (*supra*, nº 7-A); ii) el heredero instituido bajo condición suspensiva que luego se cumple, se considera

sucesor del causante desde el momento de la apertura de la sucesión de éste, como resultado del efecto retroactivo de la condición cumplida (art. 1.209 CC) (*supra*, nº 57-B); iii) el efecto de la aceptación de la herencia, a su vez, se retrotrae al momento de la apertura de la sucesión (art. 1.001 CC) (*infra*, nº 91, 1) y, el de su repudiación, consiste en considerar al renunciante como si nunca hubiera sido llamado a ella (art. 1.013 CC) (*infra*, nº 111, 1); iv) en materia de herencia no son posibles las instituciones a término (art. 916 CC) (*supra*, nº 57-A); y v) la posesión de los bienes del *de cujus* pasa de derecho a la persona del heredero, sin necesidad de toma de posesión material (art. 995 CC) (*supra*, nº 6, E, i; *infra*, nos. 82 y 82-A).

Ahora bien, en relación con las disposiciones a título particular no acontece exactamente lo mismo, pues aunque respecto de ellas existen también los momentos de la apertura de la sucesión, de la delación del legado y de la adquisición de éste, las circunstancias de que –por una parte– en materia de este tipo de sucesión sí caben las instituciones a término y de que –en segundo lugar– la posesión del bien objeto del legado no pasa automáticamente del causante al legatario instituido, crean una situación fundamentalmente distinta de la que se plantea en lo concerniente a las instituciones de heredero.

Es por ello que, en lo tocante al legado, se hace necesario diferenciar, en cuanto al tercero de los tres momentos señalados (adquisición), dos aspectos o fases diferentes del mismo: el de la *adquisición* propiamente dicha (*dies cedit*) y el de su *exigibilidad* (*dies venit*)[39].

## 64-A. *DIES LEGATI CEDIT*

¿Cuándo se hace el legatario titular del derecho al bien objeto de la disposición testamentaria que lo favorece? Depende, según de que se trate de una institución pura y simple, o sometida a alguna modalidad.

"Todo legado *puro y simple* –señala el art. 927 CC– da al legatario, desde el día de la muerte del testador, el derecho transmisible a sus herederos de recibir la cosa legada". En consecuencia, por lo que respecta a ese tipo de legados, el derecho de su beneficiario nace en la misma fecha de la *apertura de la sucesión* del causante.

Desde luego, ello presupone que el legatario (o su heredero, si fuere el caso) acepte la institución en cuestión, puesto que así como no existe en el Derecho moderno la figura del heredero necesario, mucho menos puede existir la del legatario obligado contra su voluntad a aceptar la correspondiente institución particular[40].

---

39 El concepto de esos dos momentos (o sub-momentos) y su correspondiente distinción, nos vienen del Derecho Romano; al respecto, *cfr.*: *Digesto*, L, XVI, 213.

40 En el mismo sentido, *cfr.*: Ricci, *op. cit.*, T. VIII, nº 386, pp. 568-569; Polacco, *op. cit.*, T. I, pp 516-517; Farrera, *op. cit.*, nº 276, p. 231; Ramírez, *op. cit.*, T. II, p. 262.- En cambio, De Ruggiero (*op. cit.*, T. II, Vol. II, p. 511), estima que el legatario adquiere el derecho al legado *ipso jure*, sin necesidad de aceptación; y, por su parte, Pacifici-Mazzoni (*op. cit.*, T. XI, nos. 39-41, pp. 107-110),

El copiado art. 927 CC, consagra implícitamente –para el legado– el mismo principio que se establece en el art. 1.001 CC en relación con la herencia: el efecto de su aceptación se retrotrae al momento de la apertura de la sucesión del causante (*infra*, n° 91, 1).

Por lo demás, en lo tocante a la aceptación y a la renuncia del legado, son respectivamente aplicables –por analogía– las disposiciones legales concernientes a la aceptación y a la renuncia de la herencia, que no sean de carácter excepcional (*infra*, Capítulos XVII y XX). De ello resultan las reglas que enunciamos a continuación.

A. La aceptación del legado no está sujeta a formalidad alguna y, por ello, puede ser tanto expresa como tácita; pero no puede hacerse a término, ni de manera condicional (aplicación analógica de los arts. 1.002 y 997 CC).

En cambio, la doctrina admite que –a diferencia de lo que acontece con la herencia– el legado puede ser objeto de aceptación parcial, si así lo permite la naturaleza de su objeto y ello ha sido autorizado por el testador de una u otra manera, pues las razones que movieron al legislador para prohibir la aceptación parcial de la herencia, carecen de sentido cuando se trata de legados[41].

La renuncia del legado tampoco requiere el cumplimiento de formalidad específica alguna: en ese sentido no es aplicable la regla del art. 1.012 CC, que exige que la renuncia de la herencia conste en documento auténtico, puesto que evidentemente se trata de una disposición excepcional que no puede extenderse a otros casos por vía de analogía.

B. La aceptación del legado es retractable, pues la regla *semel heres semper heres* (una vez heredero, heredero para siempre) que constituye el fundamento de la norma del art. 997 CC, la cual prohibe la aceptación parcial, a término o condicional de la herencia y que, a su vez, implica que la aceptación de ésta tiene que ser irrevocable (*infra*, n° 91, 2), carece de todo sentido en materia de instituciones a título particular. Sin embargo, pensamos que si el heredero ya entregó el bien objeto del legado, no tiene obligación alguna de recibir su devolución por el legatario que quiera retractarse.

---

es particularmente confuso y oscuro sobre el particular.- El art. 649 CC italiano de 1942, establece que la adquisición del legado no necesita aceptación, pero reconoce al instituido el derecho de repudiarlo.- A nuestro modo de ver lo que sucede es que –según veremos poco más adelante (*infra*, n° 64-B)– como el legatario tiene que pedir al heredero la entrega del bien objeto de la institución particular, tal solicitud conlleva e implica, necesariamente, la aceptación del legado.

41 Al respecto, *cfr.*: Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. XI, n° 41, pp. 110-111; Ricci, *op. cit.*, T. VIII, n° 387, p. 572.
Ejemplos de legados susceptibles de aceptación parcial, serían los contenidos en disposiciones testamentarias redactadas así: "Lego a NN mi biblioteca, mi automóvil y la cantidad de Bs. 100.000; dicho legatario podrá tomar los tres bienes antes señalados, o sólo alguno o algunos de ellos, si así lo prefiere"."Lego a NN mi finca 'Los Apamates', ubicada en jurisdicción de la Parroquia Macarao, Distrito Metropolitano de Caracas; pero si el nombrado legatario lo prefiere, el objeto de esta institución se reducirá a sólo la parte de dicha finca que él escoja".

Por las mismas razones que admitimos la retractación de la aceptación del legado, estimamos que su renuncia es también revocable, siempre que no haya prescrito el derecho de aceptar la institución y que el heredero obligado a cumplirla no haya aceptado todavía la sucesión: al efecto se deben aplicar por analogía las disposiciones del art. 1.018 CC, concernientes a la retractación de la repudiación de la herencia (*infra*, n° 113), que no son de carácter excepcional en cuanto concierne a los legados, precisamente porque en relación con éstos no rige el principio *semel heres semper heres*. Pero la retractación de la renuncia del legado es ineficaz si el heredero encargado de cumplirlo ya ha aceptado la herencia, porque al producirse la renuncia en cuestión, dicho heredero queda liberado de su obligación, por remisión de la misma (art. 1.326 CC) y el legatario no puede entonces revivirla por su sola voluntad[42].

Además, el legatario puede atacar tanto su aceptación como su renuncia del legado, según el caso, por vía de la nulidad: al respecto se aplican las mismas reglas relativas a la nulidad de la aceptación y de la renuncia de la herencia, a las cuales nos referiremos en su oportunidad (*infra*, nos. 92 y 112), salvo las que por su misma naturaleza conciernen exclusivamente a la sucesión universal y aquéllas que constituyen excepciones de las reglas de Derecho común y que, por consiguiente, no pueden extenderse por analogía a casos semejantes. De ahí que, en lo tocante a la anulación de la aceptación del legado por vicio de consentimiento, no rigen las restricciones concernientes al *error* que resultan del art. 1.010 CC para la aceptación de la herencia, precisamente porque dicha norma es de carácter excepcional (*infra*, n° 89, I).

C. Como veremos en su oportunidad, el art. 1.017 CC establece que cuando el heredero renuncia a la sucesión en perjuicio de sus acreedores, éstos pueden hacerse autorizar judicialmente para aceptarla en nombre de su deudor; y que, en tal caso, dicha renuncia se anula, no en provecho del heredero renunciante, sino de sus acreedores y hasta concurrencia de sus créditos (*infra*, n° 114). Cabe preguntar si esa previsión es también aplicable por analogía, al caso del legatario renunciante.

A nuestro modo de ver sí lo es, conforme lo explicaremos al estudiar la aludida regla del art. 1.017 CC, cuando tratemos sobre la aceptación y repudiación de la herencia (*infra*, n° 114)[43].

Por otra parte, el acreedor del legatario que no ha aceptado todavía, ciertamente puede –mediante la acción oblicua– ejercer el derecho de su deudor de aceptar el legado que le haya sido deferido (art. 1.278 CC).

---

42 Empero, hay autores que sostienen que tanto la aceptación como la renuncia del legado son irretractables; al respecto, *cfr.*: Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. XI, n° 45, pp. 118-119; Ricci, *op. cit.*, T. VIII, n° 387, pp. 571-572.

43 En consecuencia, en la presente edición rectificamos, en el sentido indicado, el criterio que sobre el particular habíamos sostenido en las dos primeras ediciones de esta obra [la de 1994, n° 64-A, C, p. 389; y la de 1997, T. I, n° 64-A, C, p. 375].

Todo lo anteriormente expuesto respecto de la aceptación y de la renuncia del legado puro y simple, es igualmente aplicable respecto de la aceptación y de la renuncia del legado instituido bajo alguna modalidad. En efecto, aunque el art. 927 CC hace únicamente referencia a los legados puros y simples, sus reglas también funcionan cuando se trata de instituciones particulares a término (inicial o final), o con alguna carga o modo: en uno y otros casos, el legatario adquiere su derecho al legado al abrirse la sucesión del causante, puesto que –como sabemos– ninguna de dichas modalidades afecta al nacimiento del derecho del instituido respecto de lo que se le deja: el término sólo incide sobre la exigibilidad de ese derecho y el modo no concierne al mismo, sino que determina ciertas obligaciones accesorias a cargo del instituido (*supra*, nos. 57-A y 57-C). Otro tanto cabe decir en relación con los legados dispuestos bajo condición resolutoria, ya que –como señalaban algunos autores italianos– tal modalidad produce consecuencias similares a los de un término final, pero con efecto retroactivo (*supra*, nº 57-B, A).

En cambio, la situación es radicalmente distinta cuando se trata de legado instituido bajo condición suspensiva, pues en esa hipótesis el derecho del legatario a la institución no nace en el momento de la muerte del testador, sino únicamente cuando se cumple la modalidad impuesta: de ahí que, entonces, el instituido sólo adquiere su derecho al legado en la *fecha del cumplimiento de la condición suspensiva* (siempre que –además– el sucesor particular haya aceptado).

Resumiendo lo antes dicho: el *dies cedit* coincide con el momento de la apertura de la sucesión del testador, cuando se trata de legados puros y simples, de legados a término (inicial o final), de legados bajo condición resolutoria, o de legados *sub* modo; pero si fuere el caso de legados instituidos bajo condición suspensiva, ese momento sólo se produce en la fecha de cumplimiento de la misma (y, por lo tanto, en época posterior a la de la muerte del causante), sólo que –como consecuencia del efecto retroactivo de la condición suspensiva cumplida (art. 1.209 CC)– sus efectos se retrotraen al momento de la apertura de la sucesión del *de cujus*.

De acuerdo con la referida norma del art. 927 CC, cuando se trata de legados puros y simples, el *jus delationis* –es decir, la facultad que tiene el instituido para aceptar o para repudiar el legado– que nace en el momento mismo de la apertura de la sucesión del causante, pasa a los herederos de dicho legatario en caso de que éste, a su vez, fallezca antes de haberlo ejercido: se trata de la consagración para el caso de las disposiciones particulares, de la misma regla que establece el legislador respecto de las instituciones de heredero (art. 1.007 CC) (*supra*, nº 7-B; *infra*, nº 85).

Lo mismo cabe decir –aunque el legislador haya callado al respecto– en relación con los legados instituidos bajo condición resolutoria, a término (inicial o final) y bajo alguna carga o modo, puesto que, conforme hemos repetido, tales elementos accesorios de la disposición de última voluntad no afectan a la adquisición por el legatario de su derecho al legado.

Pero –como también sabemos– si se trata de legado bajo condición suspensiva, la institución queda sin efecto si la persona favorecida fallece antes del cumplimiento de aquélla, caso en el cual el *jus delationis* no pasa a los herederos de ese legatario que muere (art. 918 CC) (*supra*, nº 57-B); a menos que se trate de una "condición" que no haga más que suspender la *ejecución* de la disposición –es decir, de un término suspensivo incierto, al cual el legislador da tratamiento de condición suspensiva en materia de actos *mortis causa*– (art. 919 CC) (*supra*, nº 57-A).

En términos generales, es decir, cuando el objeto del legado se encuentra en el patrimonio hereditario, su titularidad pasa directamente –es decir, *recta via*– del *de cujus* al legatario; no se trata, pues, de que la propiedad del bien en cuestión pase primero del causante al heredero y luego de éste al legatario[44]. En cambio, cuando el objeto del legado no se encuentra en el patrimonio hereditario, su propiedad no puede ser transmitida por el testador –que no era titular de ella– al legatario, sino que éste debe recibirla ya sea del heredero (si era propietario del bien en cuestión para la época de la apertura de la sucesión, o si lo adquirió a posteriori, precisamente para dar cumplimiento a la disposición de última voluntad del causante), o bien de otro legatario (en el caso de sublegado) o de un tercero (que actúa en tal caso por cuenta y orden de la persona obligada a cumplir dicho legado).

## 64-B. *DIES LEGATI VENIT*

Dispone el art. 928 CC, que "el legatario debe pedir al heredero la posesión de la cosa legada". En otras palabras, el sucesor particular tiene que exigir del sucesor universal, la entrega del bien objeto del legado. Desde luego, nada obsta para que el heredero, sin esperar requerimiento alguno al efecto, pueda proceder espontáneamente a dicha entrega.

¿Por qué el legatario tiene que pedir al heredero la entrega del bien objeto de la institución particular, aunque haya adquirido su propiedad desde la fecha de la apertura de la sucesión? Por la simple y sencilla razón de que la posesión del bien objeto del legado no pasa automáticamente al legatario, como consecuencia de la apertura de la sucesión del causante.

En efecto, si la cosa legada pertenecía al *de cujus* (caso normal y regular), al abrirse la sucesión la misma pasó *ope legis* a la posesión del heredero, sin necesidad de aprehensión material por parte de éste, de acuerdo con la previsión del art. 995 CC (posesión civilísima) (*supra*, nº 6, E, i; *infra*, nº 82-A). En el supuesto de que dicho bien perteneciera al mismo heredero, se debe encontrar también –por hipótesis– bajo su tenencia y la circunstancia de que el testador la haya legado a otra persona, no

44 Así lo reconocía ya el Derecho Romano (al respecto, *cfr.*: *Digesto*, XXI, 80 y XLVII, II, 64) y no lo discute la doctrina; al respecto, *cfr.*: De Ruggiero, *op. cit.*, T. II, Vol. II, p. 512; Polacco, *op. cit.*, T. I, pp. 551-560; Cicu, *op. cit.* (*Testamento*), p. 327; etc.

implica ni puede implicar –en sí y de por sí– modificación alguna en esa posesión. Finalmente, de tratarse del legado de una cosa propiedad de otro legatario o de un tercero completamente extraño a la herencia, resulta también claro que ella debe estar bajo la posesión de su respectivo dueño y que esa situación tampoco puede resultar afectada por el simple hecho de la muerte del testador.

De manera pues que, precisamente en razón de que el bien objeto del legado no se encuentra bajo la posesión del legatario y de que, por lo común, la obligación de cumplir el legado pesa sobre el heredero (arts. 932-933 y 1.110 CC) (*infra*, nº 65), resulta perfectamente entendible y lógico que el legislador ordene al legatario solicitar del heredero la entrega de la cosa legada.

Ahora bien ¿cuándo puede el legatario exigir esa entrega? Es decir ¿cuándo se cumple el *dies venit*?

Para que ello suceda es indispensable, en primer lugar, que el legatario haya adquirido su derecho al legado, es decir, que se haya cumplido el correspondiente *dies cedit*, puesto que nadie puede ejercer un derecho antes de tenerlo. De ahí que, en todo caso, es indispensable que la respectiva sucesión haya abierto; y, además, si se trata de legado sometido a condición suspensiva, que dicha modalidad se haya cumplido ya.

Pero eso no basta: como la entrega del legado debe exigirse al heredero, se requiere –en segundo término– para el cumplimiento del *dies venit*, que exista un heredero; es decir, que el llamado por el testamento o por la ley a recibir la sucesión del causante, haya aceptado la herencia en cuestión. A tal efecto, la ley concede al sucesor un término de diez años (art. 1.011 CC) (*infra*, nº 86); pero, desde luego, el legatario no puede quedar condenado a esperar pacientemente hasta el vencimiento de dicho plazo, para poder reclamar la entrega de su legado. Por ello, el art. 1.019 CC lo autoriza –lo mismo que a cualquier otra persona que tenga algún derecho contra la herencia, o el derecho de suceder al *de cujus* en defecto del llamado– para pedir a la autoridad judicial competente que compela al heredero (testamentario o *ab intestato*), a declarar que acepta o que repudia la herencia en cuestión: el juez, procediendo sumariamente, debe entonces fijar un plazo, que no puede exceder de seis meses, para que el heredero dé su declaración; y si ese término transcurre sin que lo hubiere hecho, la herencia se tendrá por repudiada y así lo deberá señalar dicha autoridad. El *jus delationis* pasa, entonces, a la persona que deba suceder al *de cujus* a falta del heredero renunciante (y a ese nuevo heredero deberá dirigirse el legatario para que se le entregue el bien objeto de su legado)[45].

45 En cambio, no sucedía lo mismo en el Derecho Romano, puesto que como en el mismo la institución del heredero era *caput et fundamentum testamenti* (*supra*, nos. 25, 7 y 56-A), si el sucesor universal repudiaba la herencia, todo el testamento se consideraba desierto y, por ende, las instituciones de legados resultaban ineficaces (desde luego, para que tal cosa pudiera suceder era indispensable que dicho sucesor universal no fuera *heres necessarius*, ni tampoco *heres suus et necessarius*, puesto que en estos casos no tenía la alternativa de rechazar la herencia).

Generalmente, si se ha cumplido el *dies cedit* y si el heredero ha aceptado la herencia, el legatario ya puede pedir al último nombrado, la entrega del legado. Empero, si dicho sucesor particular ha sido instituido bajo término inicial, la ocurrencia de los dos indicados requisitos no determina aún la llegada del *dies venit,* pues para ello es todavía necesario que se cumpla un tercero: el vencimiento del plazo que afecta al legado.

## 65. Persona obligada a pagar el Legado

Esta materia se gobierna por las siguientes reglas:

1. La obligación de cumplir o de pagar el legado, recae en primer lugar sobre la persona o las personas indicadas al efecto por el testador.

En efecto, de acuerdo con las normas contenidas en los arts. 903, 932, 933 y 1.110 CC, resulta perfectamente claro que el testador es libre de imponer la obligación de pagar los legados que instituye, a todos, a algunos o sólo a alguno de sus herederos, o incluso, a sus mismos legatarios, sin más restricciones que las relativas a la intangibilidad de la legítima que corresponde a sus herederos legitimarios, si los hubiere (art. 883 CC).

De acuerdo con ello, pues, el causante no sólo puede indicar cuál o cuáles de las personas que él instituye, está o están obligadas a pagar cada uno de los legados que deja, sino que también le es posible –cuando son varios los obligados– señalar la proporción en que cada uno de ellos debe contribuir al efecto. Y esa voluntad del *de cujus* es plenamente eficaz y vinculante.

2. En defecto de señalamiento por el testador, la obligación de cumplir el legado corresponde al heredero, testamentario o *ab intestato,* si es uno sólo; y, sin son varios, a todos y cada uno de ellos –sin hacer distinción alguna entre los llamados por el testamento y los llamados por la ley– en las mismas proporciones de sus respectivas cuotas hereditarias (arts. 932, 1.110 y 1.112 CC).

En ese sentido, el legislador –a fin de evitar cualquier duda al respecto– ha considerado conveniente aclarar que la expresada segunda regla debe aplicarse incluso cuando el objeto del legado es un bien que pertenece a alguno de los herederos, ya que ni aun en tal caso debe entenderse que la carga del legado recae exclusivamente sobre dicho propietario, sino que los demás coherederos deben indemnizarle su valor en dinero o en inmuebles de la herencia, en proporción a sus respectivas cuotas hereditarias, a menos que el testador haya dispuesto otra cosa (ap. del art. 933 CC).

Adicionalmente y por razones obvias, la regla que ahora nos ocupa, igualmente se aplica tanto cuando el testador ha previsto que los legados deben ser pagados o cumplidos por su herencia –en general y sin más determinación– como también si por un motivo u otro falta –por incapacidad, por renuncia o por cualquier otra cau-

sa– el instituido a quien el *de cujus* ha señalado como obligado a pagar determinado legado (art. 945 CC) (*infra*, nº 69-A, *in fine*).

3. Por el contrario, es nuestro criterio que la referida segunda regla no rige en el caso de sublegados, es decir, de legados de cosas que pertenecen a otro legatario, pues en tal hipótesis debe interpretarse, en base a la previsión del art. 903 CC, que la carga y la obligación de cumplir o de pagar el sublegado recae exclusivamente sobre el propietario del bien en cuestión, salvo que el testador haya dispuesto de otra manera. En efecto, las reglas legales concernientes a la igualdad proporcional que debe existir entre los sucesores universales (cuando el causante no ha previsto otra cosa), en cuanto a su contribución a las cargas y deudas de la herencia, tienen sentido precisamente porque ésta es un *nomen juris* (*supra*, nº 3, C), lo que nada tiene que ver con las sucesiones a título particular.

## 66. Cumplimiento de la obligación de pagar el Legado – Gastos de la entrega del Legado

En cuanto concierne al cumplimiento de la obligación de pagar el legado, debemos analizar las siguientes materias: la determinación del principio básico o rector aplicable al efecto; las accesiones del objeto del legado; los gravámenes que pesan sobre el mismo; y los gastos de su entrega.

1. *Principio rector del cumplimiento del legado.*

La regla básica y fundamental en esta materia, aparece en el art. 939 CC: la persona obligada a pagar el legado debe hacerlo entregando su objeto al legatario, en el mismo estado que tenía para el día de la muerte del testador. No se toma en cuenta, pues, el estado de la cosa legada para la época del otorgamiento del testamento.

Como consecuencia de lo dicho, resulta claro que si para la fecha de la entrega del bien objeto del legado, el estado de éste ha empeorado, por causa imputable al heredero (u otra persona obligada a pagarlo), respecto del que tenía en el momento de la apertura de la sucesión del causante, el legatario tiene, además, derecho de exigir la correspondiente indemnización de la pérdida o desmejora sufrida por la cosa legada.

2. *Accesiones de la cosa legada.*

Las accesiones del bien objeto del legado, pueden ser de tres tipos: frutos o intereses, agregaciones y accesorios o pertenencias.

a) *Frutos o intereses* (art. 929 CC): En principio, el legatario sólo tiene derecho a los frutos o intereses de la cosa objeto del legado, desde que el heredero (u otra persona obligada a pagar el legado) incurre en mora. Esto se explica en razón de que, aunque el legatario tenga derecho al bien legado desde el mismo momento de la muerte del causante, como el heredero tiene la posesión del mismo por mandato

legal (art. 995 CC), lo posée con justo título (art. 788 CC) y, por ende, hace suyos los frutos naturales o civiles que produce, mientras no sea requerido a entregarlo al legatario (art. 790 CC).

Dicha regla, empero, sufre dos excepciones, fundadas en la voluntad expresa o presunta del *de cujus* y en el principio general consagrado por el art. 552 CC (derecho de accesión respecto del producto de la cosa).

El testador, en efecto, es libre de disponer que los frutos de la cosa legada pertenezcan al legatario desde el momento de la apertura de la sucesión (ord. 1° del art. 929 CC); incluso, dicho causante puede establecer que también correspondan al instituido a título particular, frutos o intereses producidos o devengados aun con anterioridad a la apertura de la sucesión (*v.gr.*: "Pertenecerán igualmente a mi nombrado legatario todos los frutos civiles del bien objeto de su legado que estén pendientes de pago para la fecha de la apertura de mi sucesión").

También ha establecido el legislador que cuando el bien objeto del legado, es un fundo, un capital o cualquier otra cosa productiva de frutos, éstos corresponden al legatario desde el día de la muerte del testador (ord. 2° del art. 929 CC). Al respecto conviene aclarar que esta excepción, sólo se refiere a los frutos que *de hecho*, haya realmente producido la cosa legada desde la fecha de la apertura de la sucesión; de manera que cuando dicho bien es potencialmente productor de frutos o intereses, pero en realidad no los ha producido, no funciona la excepción en referencia sino que se aplica la regla general primeramente aludida (tal sería el caso, por ejemplos, cuando el legado está constituido por una casa que estaba desocupada para la fecha de la muerte del *de cujus*; o si se legó una suma de dinero determinada sólo *in genere* y que, por ende, no estaba, de hecho, produciendo intereses)[46]. Pero desde luego, aunque el objeto del legado sea un fundo, un capital u otro bien que de hecho haya producido frutos o intereses, el testador también puede disponer de tales frutos naturales o civiles no correspondan al legatario desde la fecha de la apertura de la sucesión, sino desde otro momento cualquiera, que puede ser el del pago del legado u otro, anterior o posterior a dicho pago.

b) *Agregaciones* (arts. 555, 561-569 y 912 CC): Son los incrementos, las añadiduras o las incorporaciones, naturales o artificiales, que se hacen a un bien cualquiera, al cual quedan unidas.

De hecho, las agregaciones *naturales*, sólo pueden producirse en los bienes inmuebles objeto del legado y comprenden las siguientes formas: aluvión (arts. 561-563 CC), avulsión (art. 564 CC), mutación de cauce (art. 569 CC) y formación de isla (arts. 565-566 y 568 CC). Las agregaciones *artificiales* del bien objeto del legado, son

---

46 La doctrina es conteste sobre esos particulares; al respecto, *cfr.:* Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. XI, n° 78, pp. 172-174; Ricci, *op. cit.*, T. VIII, n° 393, pp. 582-584;Polacco, *op. cit.*, T. I, p. 547; Sanojo, *op. cit.*, T. II, n° 313, p. 282; Dominici, *op. cit.*, T. II, pp. 181-182; Farrera, *op. cit.*, n° 278, pp. 233-234

las llevadas a cabo por el propio testador y pueden referirse tanto a bienes inmuebles como a bienes muebles.

Desde luego, no cabe la menor duda de que toda agregación existente en el bien objeto del legado –sea éste cual fuere– para la fecha de otorgamiento del testamento, forma parte integrante del mismo, salvo que el testador haya dispuesto lo contrario. En cambio, sí puede ser dificultosa la determinación de la voluntad real del causante, cuando se trata de agregaciones ocurridas después de otorgado el acto de última voluntad.

En cuanto concierne a las agregaciones naturales del bien inmueble legado, ocurridas en época posterior al testamento, las reglas de Derecho común sobre accesión (arts. 561-569 CC), obligan a concluir que ellas forman parte del objeto de la institución.

Por lo que respecta a las agregaciones artificiales del bien legado, es preciso distinguir si dicha cosa es inmueble o mueble.

En relación con la agregaciones artificiales llevadas a cabo en el *inmueble* objeto del legado, después de otorgado el testamento, el legislador diferencia nuevamente, según que el incremento se haya verificado dentro o fuera de los linderos que tenía dicho inmueble para la época del acto de última voluntad. Si se trata de agregaciones hechas *fuera de dichos linderos*, las mismas, aunque sean contiguas a la propiedad original, no forman parte del legado sin una nueva disposición testamentaria (art. 912 CC) (*v.gr.*: el testador legó una finca a NN y más tarde adquirió otra finca contigua, que unió a la primera; en tal caso, el objeto del legado está constituido únicamente por la finca primitiva, a menos que el testador haya dispuesto otra cosa en su mismo testamento o en otro acto posterior de última voluntad). En cambio, si fuere el caso de agregaciones efectuadas *dentro de los linderos* que tenía el inmueble legado cuando se otorgó el testamento, el ap. del mismo art. 912 CC dispone que tales incrementos sí forman parte del legado (salvo voluntad en contrario del causante): "Sin embargo, forman parte de él [del legado] los embellecimientos, las nuevas construcciones sobre el inmueble legado y la ampliación que venga a quedar comprendida dentro de un mismo cercado" (*v.gr.*: el testador legó a NN un inmueble que, para la fecha del otorgamiento del testamento, estaba comprendido por un terreno de ochocientos metros y la casa de un piso que allí estaba edificada; posteriormente el causante construyó un segundo piso a la casa y una piscina en la parte posterior del terreno en cuestión; salvo disposición en contrario del testador, el legado comprende el inmueble tal como existía para la muerte del causante, es decir, constituido por su terreno de ochocientos metros, con su casa de dos pisos y piscina)[47].

47 Refiriéndose a las *construcciones* mencionadas en la norma del ap. del art. 847 CC italiano de 1865 (equivalente a la del ap. del art. 912 CC venezolano vigente), Polacco (*op. cit.*, T.I, pp. 550-551) sostiene lo siguiente: "Se habla aquí de *nuevas* construcciones; se supone, pues, que algo construido existía ya antes. En caso diverso podrá ocurrir que el legado quede sin efecto porque haya de aplicarse el

Las citadas reglas contenidas en el art. 953 CC, son aplicables por analogía a cualquier otro tipo de agregaciones efectuadas por el causante, después de la fecha del testamento, al inmueble objeto del legado, tales como las siembras, los cultivos, etc.: si tales agregaciones se encuentran dentro de los linderos que tenía el inmueble cuando el *de cujus* testó, se consideran integrantes de la disposición particular; pero si se encuentran fuera de los mismos, no forman parte del legado sin una nueva disposición del testador al respecto.

Pero las agregaciones artificiales se pueden también producir en bienes *muebles* y la ley no se refiere a ellas, en materia de legados. Por ejemplos: el testador legó a NN, su anillo de oro, pero más tarde hizo engastar un brillante en el mismo; el testador legó a ZZ su biblioteca y posteriormente hizo encuadernar los libros que la integraban ¿el primer legado comprende o no la piedra preciosa? ¿y el segundo comprende o no las encuadernaciones? A nuestro modo de ver y al menos en principio, se imponen en

---

art. 892, parágrafo [del CC italiano de 1865, equivalente al ap. del art. 955 CC venezolano vigente], que declara revocado el legado 'si el testador ha transformado la cosa legada en otra, de manera que aquélla haya perdido la forma anterior y la primitiva denominación', por ejemplo, de terreno baldío se convierte en edificado".- No estamos de acuerdo con dicha opinión. Antes hemos señalado y ahora lo reiteramos, que la interpretación de la voluntad testamentaria debe llevarse a cabo procurando establecer, en primer lugar, la voluntad real del testador y tratando, en segundo término, de proteger la validez de la institución (*supra*, nº 59): nos parece que el rígido criterio de Polacco no se conforma con dichas reglas de interpretación. A nuestro juicio no es posible dar al respecto soluciones de carácter general, sino que es indispensable analizar caso por caso. Pensamos que si el testador ha legado un inmueble urbano, que para la fecha del testamento no estaba edificado y más tarde construye en él, no necesariamente debe descartarse la aplicación de la regla contenida en el ap. del art. 912 CC, ni tampoco necesariamente debe considerarse revocado el legado por mandato de la norma que figura en el ap. del art. 955 *ejusdem*. En efecto, en el caso indicado, el bien en cuestión no tiene que haber cambiado de forma y de denominación, puesto que sigue siendo un inmueble urbano, en en cual la construcción es accesoria del terreno, de acuerdo con la previsión del art. 555 CC. Por otra parte y de acuerdo con las circunstancias, podría entenderse que el causante, al tomar la decisión de construir en el inmueble, sin modificar el testamento anterior, quiso más bien señalar que el legado en cuestión comprendía terreno y construcción. Nos parece, además, que la posición de Polacco es poco consistente en la práctica, ya que –de acuerdo con ella– el legado debería considerarse revocado, si para la fecha del testamento su objeto era un inmueble no edificado, donde más tarde construyó el *de cujus;* pero que, en cambio, el legado sería perfectamente válido si en la época del testamento el inmueble legado estaba constituido por un terreno donde existía un edificio viejo y en mal estado, que luego el testador derriba para llevar a cabo allí una "nueva" construcción.- En el mismo sentido nuestro, se pronuncia, entre otros, Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. XI, nº 69, pp. 153-154.- Por su parte, Ricci (*op. cit.*, T. VIII, nº 383, pp. 562 y 563), sostiene en el referido caso, la curiosa tesis de que si la construcción que antes no existía cubre todo el terreno, el legado debe considerarse revocado; pero que, en cambio, es válido, cuando la construcción sólo ocupa parte del terreno.- Cabe señalar, finalmente, que el primer ap. del art. 667 CC italiano de 1942, si bien parece haber adoptado sobre el particular a posición que sostenemos, no es tampoco del todo claro y preciso; dice así: "Si se ha legado un fundo, el legado comprende también las construcciones hechas en él, independientemente de que existieran o no al tiempo de la formación del testamento, salvo en todo caso la aplicabilidad del segundo apartado del artículo 686". Ahora bien, el aludido ap. del art. 686 del mismo CC, simplemente consagra la regla de revocación del legado que figura en el ap. del art. 955 CC venezolano (y al cual nos referiremos de nuevo, más adelante: *infra*, nº 79-B, 4).

tales casos respuestas afirmativas, aun –incluso– si el valor de lo agregado excede del valor del bien al cual se agrega; y ello, tanto porque los hechos parecen indicar que las mejoras efectuadas por el donante en los bienes muebles objeto de los legados se hicieron así mismo con la intención de beneficiar al legatario, como también por la circunstancia de que tales agregaciones en modo alguno alteran ni cambian la forma ni la denominación primitiva del bien objeto de la institución.

c) *Accesorios o pertenencias* (art. 939 CC): Se trata de las cosas destinadas al servicio permanente de otro bien principal o que constituyen complemento de éste. Se distinguen de las agregaciones en cuanto que no tienen necesariamente que estar unidos al bien al cual sirven; y en que, si lo estuvieran, pueden separarse del mismo sin mayor dificultad. Así: los hatos, rebaños y piaras son accesorios o pertenencias de la finca donde se crían o mantienen; igualmente lo son los inmuebles por destinación, respecto del inmueble al cual están destinados; como también los estantes, en relación con los libros de una biblioteca o el marco para con su cuadro; etc., etc.

Dispone el art. 939 CC que "la cosa legada se entregará con sus accesorios necesarios".

3. *Gravámenes de la cosa objeto del legado.*

Señalan los arts. 1.110 y 1.112 CC, que corresponde a los herederos soportar las deudas y cargas de la herencia, lo cual, desde luego, es una simple consecuencia del carácter que ellos tienen, de sucesores universales del causante.

Como corolario de lo antes dicho, el art. 1.115 CC expresa que "el legatario no está obligado a pagar las deudas de la herencia, sin perjuicio de la acción hipotecaria que competa a los acreedores sobre el fundo legado, y salvo también el derecho de separación; pero el legatario que haya satisfecho la deuda con que estaba gravado el fundo, se subroga en los derechos del acreedor contra los herederos". Tal disposición es perfectamente lógica y razonable, puesto que el legatario es un simple sucesor a título particular del *de cujus* y, por consiguiente, ninguna responsabilidad u obligación puede tener en relación con el pasivo hereditario. Pero desde luego, cuando el objeto del legado está gravado por un derecho de garantía –que puede ser hipoteca, como dice la norma copiada, pero que igualmente podría ser cualquier otro, como prenda, reserva de dominio, etc.– el tercero acreedor que no fuere debidamente satisfecho, puede hacerlo ejecutar. Por consiguiente, si a fin de evitar esto último el legatario paga la obligación en cuestión, se subroga en los derechos que tenía el acreedor contra los herederos.

Por su parte, el art. 941 CC dice: "Si la cosa legada estuviera gravada con una pensión, canon, servidumbre u otra carga inherente al fundo, tal carga recaerá sobre el legatario. Si la cosa legada estuviera empeñada por una obligación o deuda de la herencia o de un tercero, el heredero estará obligado al pago de los intereses de la deuda, y al pago del capital según la naturaleza de la deuda y de la obligación, a menos que el testador haya dispuesto otra cosa".

La norma antes copiada, pues, establece una diferenciación entre los gravámenes que existan sobre el bien objeto del legado: los que son naturales o inherentes a dicho bien; y los que son artificiales o de garantía. Para luego concluir que los primeros son de cargo legatario –toda vez que no corresponden a pasivos de la herencia– mientras que los segundos son de cargo de los herederos –en razón de que corresponden a pasivos reales o contingentes del causante–.

A tales efectos nuestra legislación considera gravámenes naturales o inherentes al bien legado: a) los derechos reales de usufructo (art. 583 y sigs. CC), uso o habitación (art. 624 y sigs. CC) existentes a favor de terceros, sobre el bien objeto del legado (es decir, las servidumbres personales del Derecho Romano); b) las limitaciones legales de la propiedad predial (arts. 644708 CC) y las servidumbres propiamente dichas (art. 709 y sigs. CC); y c) los canónes o pensiones que graven la cosa legada, como consecuencia de contratos de enfiteusis (art. 1.565 y sigs. CC). Por consiguiente, el legatario debe recibir su legado con tales gravámenes y debe asumir las obligaciones y demás consecuencias derivadas de los mismos, salvo disposición en contrario del testador.

En cambio, se consideran gravámenes artificiales o de garantía, los que existan sobre el bien objeto del legado, como caución real del cumplimiento de obligaciones del causante o de terceras personas, tales como: la prenda común (art. 1.837 y sigs. CC y art. 535 y sigs. CCom); la anticresis (art. 1.855 y sigs. CC); la hipoteca común (art. 1.877 y sigs. CC); la reserva de dominio (art. 1° y sigs. de la Ley sobre Ventas con Reserva de Dominio); la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento de posesión (art. 1° y sigs. de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión); etc. En consecuencia, como acabamos de decir, los herederos –salvo disposición en contrario del testador– tienen la obligación de pagar oportunamente el capital y los intereses de las obligaciones garantizadas con la cosa legada y de obtener para el legatario la liberación de la garantía (y todo ello sin perjuicio de que si el legatario paga la obligación, queda subrogado en los derechos del acreedor contra los herederos).

4. *Gastos de la entrega del legado.*

Dispone el art. 940 CC, que "los gastos necesarios para la entrega del legado serán de cargo de la herencia, pero sin que por ello disminuya la legítima".

Tal previsión, por una parte, se basa en la presunta voluntad del causante y, al menos hasta cierto punto, es una repetición de la que figura en el art. 1.297 CC, según la cual los gastos del pago de toda obligación son de cuenta del deudor: como la herencia es, en términos generales, la deudora del legado (arts. 932 y 1.110 CC), debe correr con los gastos respectivos, a menos –desde luego– que el testador haya dispuesto de otra manera.

¿Pero deberá aplicarse la misma regla cuando el causante ha establecido la obligación de pagar el legado a cargo de sólo alguno o algunos de los herederos; o si él ha distri-

buido la carga del pago del legado entre los herederos, en proporciones diferentes de las cuotas de éstos; o si se trata de sublegados? Si partimos de la base de que la norma del citado art. 940 CC, tiene por razón de ser la intención que el legislador atribuye al causante; y si reconocemos que la regla en cuestión no es sino una repetición de la disposición contenida en el art. 1.297 *ejusdem*; entonces nos encontramos obligados a concluir que en caso de que por disposición del mismo testador, la carga del legado no deba recaer sobre todos los herederos en la misma proporción de sus respectivas cuotas hereditarias o en caso de sublegado, los gastos de la respectiva entrega no corresponden ya a la herencia propiamente dicha, sino que deben ser sufragados por el obligado o los obligados a efectuarla, en las mismas proporciones de su obligación de pagar la manda. Tal conclusión, por lo demás, queda reforzada por la consideración de que el legislador dictó la norma del art. 940 CC, como otras varias, precisamente en razón de que el caso normal y regular es el de que todos los herederos contribuyan al pago del legado en la misma proporción de sus respectivas cuotas de herencia (art. 932 CC)[48].

Los gastos a que se refiere el art. 940 CC, son únicamente los directos y necesarios para llevar a cabo la entrega o el pago del legado. No cubren gastos indirectos, como serían los ocasionados por el asesoramiento legal o técnico que desée recibir el legatario, en relación con dicha entrega; ni tampoco los gastos judiciales en caso de litigio sobre el legado: estos últimos se rigen por las respectivas previsiones de los arts. 274 y sigs. CPC.

La parte final del párrafo principal del art. 940 CC, expresa que los gastos del pago del legado no pueden afectar la legítima de los herederos legitimarios, si los hubiere: se trata de una reiteración de la regla fundamental del art. 883 CC, según la cual dicha reserva se debe en plena propiedad a sus titulares y no puede ser sometida a carga alguna. En consecuencia, si los gastos en cuestión afectan la porción indisponible de la herencia, es necesario proceder a la reducción de la institución particular (*supra*, nº 54); y a tales efectos se debe estimar como monto del legado en cuestión, el equivalente a la suma del valor del bien objeto del mismo más el importe de los respectivos gastos de entrega, que vendrían a ser un accesorio del legado propiamente dicho[49].

El ap. del art. 940 CC, dice así: "El pago de los derechos de sucesión será de cargo de los herederos, salvo el recurso de éstos contra los legatarios, si la cosa legada está sujeta a tales derechos. En este último caso, si se suscitare cuestión sobre dichos derechos, deberá oírse a los legatarios".

---

48 En el mismo sentido, *cfr:* Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. XI, nº 74, pp. 160-162; Laurent, *op. cit.*, T. XIV, nº 61, pp. 60-61.- Por el contrario, Ricci (*op. cit.*, T. VIII, nº 392, pp. 578-579) estima que salvo voluntad en contrario del testador, siempre los gastos de entrega del legado, deben ser sufragados por la herencia.

49 La doctrina está de acuerdo sobre el particular; al respecto, *cfr.:* Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. XI, nº 74, p. 163; Ricci, *op. cit.*, T. VIII, nº 392, pp. 579-580.

Comenzaremos por aclarar que, aun cuando esa regla figura en la misma norma relativa a los gastos de la entrega de la cosa legada, nada tiene que ver con dicha entrega: el impuesto sucesoral correspondiente al legado se causa en el momento mismo de la apertura de la sucesión (art. 5 LIS) y no por la entrega del legado al legatario.

En todo caso, la disposición en referencia está complementada por los arts. 50 y 52 de dicha Ley. Según el primero de ellos, "cada uno de los bienes que integran la masa hereditaria quedarán afectos para garantizar los derechos que corresponden al fisco conforme a esta Ley, inclusive las multas a que hubiere lugar"; y de acuerdo con el segundo, el heredero no puede entregar al legatario el bien objeto de su legado, sino después de efectuado el pago del impuesto sucesoral respectivo.

## 67. Acciones y garantías del legatario

El legatario es titular, en primer término, de una acción personal contra la persona obligada a cumplir el legado –sea el heredero aceptante u otro legatario– para exigir la entrega del bien objeto del legado (o su valor, si el mismo pertenece a un tercero y el obligado no quiere adquirirlo) y sus frutos, si fuere el caso. De haber varios obligados, dicha acción se debe proponer contra cada uno de ellos, por su respectiva parte de la obligación (arts. 1.110, 1.112 y ap. del 1.252 CC), salvo que la cosa legada sea un cuerpo determinado que esté bajo la posesión de sólo alguno o algunos de dichos obligados, caso en el cual la demanda puede proponerse únicamente contra tal poseedor o poseedores, a tenor de lo previsto en el art. 1.253 CC.

Además, si el objeto del legado se encuentra en la herencia del causante y ha sido debidamente individualizado –sea porque siempre lo estuvo o porque lo fue después de la apertura de la sucesión (cuando se trata de legado de una cosa determinada sólo *in genere* o de legado alternativo, etc.)– el legatario es además titular de la *acción reivindicatoria*, pues como sabemos, se hizo propietario de dicho bien desde que se cumplió el *dies cedit* (art. 927 CC) (*supra*, n° 64A). Tal acción permite al sucesor particular perseguir la cosa objeto de su legado, sea quien fuere quien la detente; empero, no puede ser propuesta con éxito si el legado es un bien mueble por su naturaleza, que un tercero poseedor haya adquirido de buena fe (art. 794 CC).

También puede interponer el legatario la *acción de daños y perjuicios*, contra la persona que debe cumplir el legado, tanto en el último caso aludido (enajenación a un tercero del bien mueble objeto del legado), como también si la cosa legada ha sufrido alguna desmejora, después de la apertura de la sucesión, imputable a aquella persona.

Dispone el ord. 4° del art. 43 CPC, que si las referidas acciones se intentan antes de la partición de la herencia en cuestión –en caso de ser varios los sucesores universales del causante– o dentro del bienio siguiente a la muerte de éste –si se trata de un sólo heredero– es competente para conocer de ellas la respectiva autoridad judicial del lugar de la apertura de la sucesión: esa competencia no excluye la del domicilio

de la parte demandada, pero en caso de que la misma esté integrada por más de un heredero, todos ellos deben tener el mismo domicilio para que pueda proponerse la demanda ante el correspondiente tribunal de éste (últ. ap. de dicho art. 43 CPC).

El Derecho Romano reconoció al legatario el derecho de obtener la *cautio bonorum*, cuando el legado no debía pagarse inmediatamente (institución a término inicial o bajo condición suspensiva)[50]. Justiniano concedió a todo legatario, como garantía de sus derechos sucesorales, una hipoteca legal sobre la parte de la herencia que correspondiera al heredero gravado por la manda[51]. En el Derecho moderno, en general y en el venezolano, en particular, si bien subsiste la referida *cautio bonorum* (art. 921 CC) (*supra*, n° 58, B), en cambio ha desaparecido la garantía hipotecaria del Derecho Justinianeo.

Si dejamos de lado la antes aludida caución, las únicas posibles salvaguardas de carácter general que reconoce nuestra legislación, en relación con el cumplimiento de los legados instituidos por el testador, son: la designación de uno o más albaceas o ejecutores testamentarios, por parte del causante; y el pedimento de separación de los patrimonios del *de cujus* y del heredero, por parte del legatario.

El *albacea* o *ejecutor testamentario* es una persona designada por el testador, para velar por el cumplimiento de sus disposiciones testamentarias, particularmente los legados (arts. 967-985 CC). Estudiaremos su naturaleza jurídica y sus funciones en el Capítulo XIII.

Mediante la *separación de patrimonios*, el legatario (u otro acreedor de la herencia) impide que se produzca la confusión del patrimonio hereditario y el del heredero, como consecuencia de la aceptación de la herencia y, de esa manera, evita que los acreedores del sucesor universal puedan pretender cobrar sus créditos con los bienes objeto del legado (o de la herencia en general) (arts. 1.049-1.059 CC): veremos en detalle esa institución en el Capítulo XIX.

---

50 Al respecto, *cfr.*: *Digesto*, XXXVI, III, 1, pr. y 2.

51 Al respecto, *cfr.*: *Código*, VI, XLIII, 1.

# CAPÍTULO XII

# LAS SUSTITUCIONES, LA REPRESENTACIÓN TESTAMENTARIA Y EL DERECHO DE ACRECER



## 68. LA FALTA DEL INSTITUIDO POR TESTAMENTO Y SUS CONSECUENCIAS

Puede ocurrir que, a pesar de que el *de cujus* haya dejado testamento formalmente válido, falte una o más de las personas instituidas como herederos o como legatarios suyos. Tal sucedería en los siguientes casos: a) cuando el beneficiario de la institución adolece de *incapacidad* para suceder (*supra*, Capítulo VI); b) cuando ocurre el *vencimiento del término final* que afecta una institución a título particular (*supra* , n° 57-A); c) cuando *no se cumple la condición suspensiva* o *se cumple la condición resolutoria* impuesta a la institución (*supra*, n° 57-B); y d) cuando el instituido *repudia* la herencia o el legado (*infra*, Capítulo XX).

A los fines de llenar la vacante en la porción de herencia o en el legado que queda sin titular, el legislador consagra una serie de institutos que funcionan en *orden sucesivo*: en primer término, se aplican las reglas de la *sustitución* sucesoral (art. 959 y sigs. CC), si el causante las previó en su testamento; de no ser así, funcionan las normas sobre *representación* testamentaria, en caso de que sean procedentes (ap. del art. 953 CC); de no serlo, rigen las disposiciones sobre el *derecho de acrecer* entre coherederos o colegatarios (art. 942 y sigs. CC); y cuando las mismas tampoco pueden aplicarse, entonces la porción vacante, si es de herencia, se defiere conforme a las normas de la *sucesión intestada* (art. 946 CC ) y si es legado, queda en beneficio de la persona o de las personas a cuyo cargo estaba su cumplimiento (art. 949 CC ).

En el presente Capítulo estudiaremos las sustituciones sucesorales, la representación testamentaria y el derecho de acrecer entre coherederos o colegatarios.

## 69. LAS SUSTITUCIONES SUCESORALES

Sabemos que el testador puede instituir uno o *varios* sucesores universales; y que igualmente puede disponer uno o *varios* legados (*supra*, 25, 7). Cuando el testador designa varios herederos o varios legatarios de un mismo bien, puede hacerlo en forma conjunta, solidaria o actual, pero también puede optar por instituirlos de manera sucesiva.

Hay instituciones *conjuntas*, *solidarias o actuales* , cuando los respectivos herederos o legatarios son llamados simultáneamente por el testamento. Así sucede en los siguientes ejemplos: "Instituyo como mis únicos y universales herederos a XX y a ZZ"; "Lego mi casa de habitación, a NN y a MM".

En cambio hay instituciones *sucesivas*, cuando el testamento llama a uno o más de los instituidos, después de otro u otros de ellos. Ejemplos: "Instituyo como mi único y universal heredero a XX y si el mismo no puede sucederme, entonces lo será ZZ"; "Instituyo como mi único y universal heredero a NN y cuando éste muera, mi herencia pasará a MM"; "Lego mi casa de habitación a AA; pero cuando éste fallezca, dicho inmueble pasará a la propiedad de BB".

Cuando el testador dispone instituciones *sucesivas* de herederos o de legatarios, surge la figura jurídica de la *sustitución*, llamada así, precisamente, porque se trata de que ciertos instituidos sustituyen u ocupan el lugar de otros, en ciertas y determinadas circunstancias.

Nuestro sistema legal reconoce cuatro tipos diferentes de sustituciones: la *vulgar*, la *fideicomisaria*, la que podemos denominar *cuasi-fideicomisaria* y la *pupilar*.

La sustitución *vulgar* consiste en un llamado a la herencia o al legado, en grado ulterior al de otro instituido: viene a constituir un sistema de suplencia, mediante el cual se designa al beneficiario de la herencia o del legado, para el caso de que el primeramente instituido al efecto, no quiera o no pueda aceptar (art. 959 CC). *V. gr.*: "Instituyo como único y universal heredero mío, a XX; pero si éste no quiere o no puede aceptar, entonces será mi heredero ZZ". "Lego mi motocicleta a MM, pero si él no acepta, la dejo a NN".

La sustitución *fideicomisaria* consiste en un llamado a la herencia o al legado, para cuando fallezca la persona primeramente instituida (art. 963 CC). *V. gr.* : "Instituyo a AA como mi universal heredero; pero a su muerte, mi herencia pasará a BB"; "Lego mi biblioteca a RR, en el entendido de que él deberá conservarla a fin de que, cuando fallezca, la misma pase a la propiedad de SS".

La sustitución *cuasi-fideicomisaria*, es la misma sustitución fideicomisaria, que el testador dispone en el caso específico de que el heredero o legatario primeramente

instituido sea incapaz para testar y que está destinada a funcionar sólo en el supuesto de que dicho incapaz fallezca cuando todavía se encuentra en situación de incapacidad (art 965 CC). *V. gr.* : "Instituyo a XX [quien por hipótesis es incapaz de testar] como mi único y universal heredero y dispongo que si él fallece siendo aún incapaz para testar, la herencia que le dejo pase entonces a ZZ"; "Lego mi finca 'La Encantada' a NN [quien por hipótesis es incapaz de testar] y en caso de que él muera siendo todavía incapaz para disponer por testamento, dicha finca pasará entonces a la propiedad de MM".

Por último, la denominada *sustitución pupilar*, es el derecho que la ley otorga al padre y a la madre, de disponer por testamento en nombre de su hijo incapaz de testar, para que el supuesto de que muera adoleciendo todavía de tal incapacidad y siempre que no tenga herederos legitimarios ni otros parientes cercanos (art. 966 CC).

Pasamos ahora a referirnos en detalle a cada uno de dichos tipos de sustitución sucesoral.

## 69-A. La sustitución vulgar

Dispone el art. 959 CC: "Puede sustituirse en primero o ulterior grado otra persona al heredero o al legatario para el caso de que uno de ellos no quiera o no pueda aceptar la herencia o el legado. Se pueden sustituir varias personas a una o una a varias". Tal como dijimos poco antes, pues, la sustitución vulgar u ordinaria –que consagra la norma legal transcrita– no es sino un régimen de suplencias que el testador puede incluir en su acto de última voluntad, para el caso de que alguna, varias o todas las personas que él instituye como herederos o como legatarios principales, no quieran o no puedan –por un motivo u otro–aceptar la institución con la cual han sido beneficiados.

La sustitución vulgar tuvo su origen en el Derecho Romano[1] y se explicaba en razón del interés social que existía, en el sentido que elcausante no muriera intestado.

1. *Naturaleza.*

La mayor parte de los autores considera que la naturaleza jurídica de la sustitución vulgar, es la de una institución testamentaria sometida a *condición suspensiva* : que el respectivo instituido principal no quiera o no pueda aceptar la herencia o el legado que se la deja[2].

---

1 *Institutas*, II, XV.

2 De ese criterio: Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T.VII, nº 182, p. 361; Ricci, *op. cit.*, T.VIII, nº 425, p. 648; De Ruggiero, *op. cit.*, T. II, Vol. II, pp. 492-493; Polacco, *op.cit.* T.I, p. 415; Planiol & Ripert, *op.cit.*, T.V, nº 283, pp.298-299; Castán Tobeñas, *op.cit.*, T. VI, Vol. II, p. 234; Ramírez, *op.cit.*, T. II, p. 275; etc.

Sin embargo, un sector minoritario –aunque importante– de la doctrina, estima que en realidad no existe en la sustitución vulgar una institución sometida a condición, pues no da lugar a una delación condicional en favor del sustituto, que es lo característico de este tipo de modalidad. En efecto, cuando el principal instituido quiere y puede aceptar la herencia o el legado que se le defiere, entonces el *jus delationis* no nace para el sustituto (ni siquiera de manera condicional); y, en caso contrario (el principal instituido no quiere o no puede aceptar), el sustituto recibe un *jus delationis* puro y simple, puesto que en esa hipótesis, el llamado en primer término ya no tiene derecho alguno a la herencia o al legado. Quienes así piensan, consideran que la sustitución vulgar es simplemente un *llamado testamentario en segundo o ulterior grado, subordinado a que no haya adquisición de la herencia o del legado por el heredero o legatario principal* (situación similar, en la sucesión intestada, al llamado que hace la ley a parientes en grado ulterior del causante, cuando sus parientes en grado más cercano no quieren o no pueden concurrir): se trataría, pues de una *condictio juris* pero no de un negocio jurídico modal propiamente dicho[3].

Acoger uno u otro criterio tiene relevancia, tanto teórica como práctica, toda vez que si la sustitución vulgar tiene la naturaleza de una condición suspensiva, se le debería aplicar –al menos en principio– las reglas legales y los principios jurídicos correspondientes a esa modalidad; lo cual no procedería, desde luego, si su naturaleza jurídica fuese diferente.

Ello es especialmente importante en cuanto se refiere a la aplicabilidad o no, a dicho caso, de la norma del art. 918 CC, según la cual "toda disposición testamentaria hecha bajo condición suspensiva quedará sin efecto, si la persona favorecida en ella muriera antes del cumplimiento de la condición" (*supra*, n° 57-B). En efecto, si la sustitución vulgar debe considerarse como institución bajo condición suspensiva y el sustituto fallece después de la apertura de la sucesión del testador, pero antes de que el principal instituido haya repudiado la herencia ¿queda la misma privada de valor y efecto?

A nuestro modo de ver, independientemente del criterio que se acoja en cuanto a la naturaleza jurídica de la sustitución vulgar, la muerte del sustituto ocurrida antes de la renuncia del principal instituido, no puede determinar la aplicación de la referida norma del art. 918 CC, sino más bien la de la contenida en el art. 1.007 *ejusdem* ("Si la persona en cuyo favor se ha abierto una sucesión, muere sin haberla aceptado expresa o tácitamente, transmite a sus herederos el derecho de aceptarla": *supra*, n° 7-B).

---

3 De ese criterio: Messineo, *op. cit.*, T. VII, n° 184, p. 121; Cicu, *op. cit.* (*Testamento*), pp. 303-304, Brugi, *op.cit.*, n° 97, p. 522 ; y otros (al respecto, *cfr.* Polacco, *op.cit.*, T.I , pp. 415-417, en nota).

Tal opinión las fundamos en las siguientes razones: a) El principal instituido que renuncia a la herencia o al legado que se le defiere, debe tenerse como si nunca hubiese sido llamado (art. 1.013 CC) (*supra*, n° 7-B; *infra*, n° 111, 1); de manera que si dicho renunciante tiene sustituto, éste ha de considerarse con derecho a la herencia o al legado en cuestión, desde el mismo momento de la apertura de la sucesión del causante; y para entonces, aun si se admitiera la tesis de que la sustitución equivale a condición suspensiva, ésta estaría ya cumplida (motivo por el cual jamás podría tratarse de la situación prevista en dicho art. 918 CC ). Y b) Como vimos en su oportunidad (*supra*, n° 57-B), la aludida regla del art. 918 CC, se basa –simplemente– en la interpretación que hace el legislador de la voluntad presunta del *de cujus*, presunción ésa que pierde toda su base y sentido –y por tanto no podría funcionar– cuando el propio testador nombra a un sustituto del principal instituido, para el caso de que éste no quiera aceptar[4].

También es obvio –sea cual fuere la opinión que se acoja con relación a la naturaleza jurídica de la sustitución vulgar– que las normas contenidas en los arts. 921 a 926 CC, concernientes a la protección de los derechos del instituido bajo condición suspensiva, mientras ésta se encuentra pendiente de cumplimiento (*supra*, n° 58, B y C), no son aplicables en beneficio del sustituto vulgar, precisamente porque su derecho está totalmente subordinado al del principal instituido y, por ende, sería absurdo tratar de protegerlo frente a éste.

2. *Formas.*

Conviene primeramente advertir, a fin de evitar cualquier confusión al respecto, que el causante no tiene obligación alguna de incluir sustituciones vulgares en su testamento: simplemente tiene el derecho de hacerlo, si así lo desea. Por otra parte, cuando él decide establecer dicho régimen de suplencias, goza de la más absoluta libertad para disponer de la manera como lo desée, siempre y cuando no lesione la legítima de sus herederos legitimarios (art. 883 y sigs; *supra*, Capítulos VIII y IX)[5].

De acuerdo con lo expuesto, pues, la sustitución vulgar puede adoptar las más variadas formas, de entre las cuales nos limitaremos a continuación a referirnos a las que suelen emplearse con mayor frecuencia.

---

4 El mismo criterio es compartido incluso por algunos de los autores que consideran a la sustitución vulgar como una institución condicional. Así: Ricci, *op.cit.*, T .VIII, n° 425, p. 649 (aunque basado en razones diferentes a las nuestras); y otros (al respecto, *cfr.* : Polacco, *op.cit.*, T. I, pp. 416-417, en nota).

5 Por ejemplo, quedaría lesionada la legítima que corresponde a los nietos del causante, en caso de faltar el hijo de éste, si se dispone así : "Instituyo como mi único y universal heredero, a mi hijo AA ; y designo como su sustituto a mi amigo XX" . En tal supuesto, procede la reducción de la institución que beneficia al extraño XX, en cuanto sea necesario para satisfacer la legítima de los hijos de AA (nietos del testador).

A. La sustitución vulgar puede establecerse para que funcione en *un solo grado*, es decir, respecto del primer (o principal) instituido; pero también puede disponerse para que tenga lugar en *cualquier grado ulterior* (art. 959 CC). A la primera hipótesis correspondería el siguiente ejemplo: "Instituyo a AA como mi único y universal heredero y a BB como su sustituto". Y a la segunda correspondería este otro: "Instituyo a AA como mi único y universal heredero; también instituyo a BB como su sustituto y CC como sustituto de BB". Las sustituciones en grado ulterior no tienen límite alguno: teóricamente al menos, podrían ser infinitas.

Desde luego, el sustituto en grado ulterior debe considerarse que lo es, no sólo del instituido que lo precede en orden, sino también de todos los instituidos en grado anterior a él (incluyendo al principal instituido), a menos que el testador haya dispuesto otra cosa; así lo indicaba ya la antigua máxima, *substitutus substituto est etiam substituto instituto*. De manera que volviendo al último ejemplo propuesto, tenemos que CC (segundo sustituto) no sólo está llamado a ocupar el lugar de BB (primer sustituto) –si éste no quiere o no puede aceptar– sino que igualmente es llamado a ocupar el sitio de AA (instituto principal) –si llegan a faltar tanto AA como BB– (salvo que el testamento establezca lo contrario).

B. El testador puede disponer en su testamento que la sustitución vulgar funcione en caso del instituido que *no quiera* aceptar, como también en el supuesto que *no pueda* hacerlo; pero igualmente puede limitar el funcionamiento de la sustitución a sólo algunas de dichas hipótesis (se sustituye únicamente si el principal instituido no puede aceptar; o se sustituye exclusivamente si el principal designado no quiere aceptar) (art. 959 CC).

Empero, el legislador consagra la presunción de que si el causante sólo prevé una de las dos hipótesis al disponer la sustitución (el principal instituto no quiere – el principal instituido no puede), se debe considerar que la misma cubre y comprende ambos supuestos, salvo que conste la voluntad en contrario del testador (art. 960 CC). Esa voluntad en contrario debe ser clara y, además, tiene que aparecer en un testamento: puede ser expresa (*v.gr.*: "Instituyo a XX como sustituto de todos y cada uno de mis herederos, sólo para el caso de repudiación de mi herencia; pero tal sustitución quedará sin efecto en cualquier otro caso"); pero también podría ser tácita (*v.gr.*: "Instituyo a RR como sustituto de mi heredero NN, si éste repudia mi herencia; e instituyo a SS como sustituto del mismo heredero NN, si éste no puede aceptar la herencia que le dejo").

C. Tal como lo indica el ap. del art. 959 CC, el testador puede dar *un solo sustituto* a cada instituido, sea heredero o legatario (*v.gr.:* "Instituyo como mis únicos y universales herederos, a AA y a BB; de faltar AA, su cuota hereditaria corresponderá a DD y de faltar BB, su cuota hereditaria corresponderá a EE"); pero también puede nombrar a *varios sustitutos* al instituido (*v.gr.*: "Lego mi casa de habitación a XX; y si éste no acepta, dicho legado corresponderá a MM y a NN"). También le es dado

designar *un mismo sustituto a varios o a todos los instituidos* (*v.gr.* "Instituyo como herederos míos a SS y a ZZ; de faltar cualquiera de ellos, será su sustituto YY"); y por último, puede disponer cualquier *combinación* de los sistemas antes aludidos, a fin de que determinado instituido principal tenga su correspondiente sustituto, pero que otros instituidos principales tenga un sólo sustituto y, finalmente, que haya varios sustitutos para los restantes instituidos principales (*v.gr.:* "Instituyo como herederos míos a AA, a BB, a DD y a EE. Si faltare AA, lo sustituirá MM; si faltare BB o DD, uno y otro serán sustituidos por NN; y si EE falta, su cuota hereditaria corresponderá a SS y a TT").

Nada impide, por otra parte, que el régimen de sustitución que establezca el testamento para los herederos, sea diferente del que prevea para los legatarios (*v.gr.*: "Instituyo como mis únicos herederos y universales herederos, a FF y a GG; y les designo a HH como sustituto. Lego mi casa de habitación a RR, pero si éste no acepta, dicho legado corresponderá a LL y a MM").

D. La sustitución vulgar también puede ser recíproca, por diferentes instituidos o mixta.

Es *recíproca* cuando cada uno de los herederos o legatarios instituidos, es designado sustituto de los demás (*v.gr.*: "Instituyo como mis únicos y universales herederos a AA y a BB, a quienes además designo como sustitutos el uno del otro"). En cambio, es *por diferentes instituidos*, si cada respectivo instituido principal tiene su correspondiente sustituto (*v.gr.*: "Instituyo como mis únicos y universales herederos a AA y a BB; de faltar el primero lo sustituirá XX y de faltar el segundo, su sustituto será ZZ"). Por último, la sustitución es *mixta* , cuando existen varios sustitutos, de los cuales alguno o algunos son también instituidos principales, pero los restantes no lo son (*v.gr.*: "Serán mis herederos AA y BB; en caso de faltar cualquiera de ellos, la cuota vacante corresponderá al otro y a DD").

Es obvio que si el testamento prevé una sustitución recíproca entre *dos* herederos o legatarios instituidos por cuotas o partes *iguales* o *desiguales*, en caso de que falte cualquiera de ellos, corresponden al otro las porciones de ambos (a menos que el causante haya establecido otra cosa). También es perfertamente claro que si el testador dispone una sustitución recíproca entre *más de dos* herederos o legatarios instituidos por cuotas o partes *iguales,* cualquier porción vacante corresponde a todos los demás sustitutos por partes iguales (salvo que el testamento diga lo contrario). Esa misma regla (distribución de la porción vacante entre los sustitutos, por partes iguales), se debe aplicar igualmente, por simple lógica, al caso de que el testamento instituya dos o más herederos o legatarios por cuotas o partes *iguales* y prevea una sustitución cuyos titulares sean esos mismos instituidos principales *y además otra u otras personas* (siempre y cuando el causante no establezca reglas diferentes).

Pero existen otros casos que sí pueden dar lugar a dudas y, para precaverlas, el legislador consagra la interpretación que debe darse a la voluntad testamentaria, en defecto de previsión diferente del *de cujus*.

En primer término, indica el art. 962 CC, que si el testamento prevé una sustitución recíproca entre *más de dos* herederos o legatarios instituidos por partes *desiguales*, la cuota o la parte fijada en la disposición principal se presume repetida en la sustitución.

Aclaremos lo antes dicho con un ejemplo. Supongamos que el *de cujus* dispuso así: "Lego mi casa de habitación a FF, GG y HH; al primero de ellos corresponderá la mitad de dicho inmueble y una cuarta parte del mismo, a cada uno de los dos restantes. Dichos legatarios, además, serán sustitutos los unos de los otros". En caso de que HH (legatario de una cuarta parte), haya muerto para el momento de la apertura de la sucesión del causante, dichas disposiciones testamentarias deben cumplirse así: a FF corresponderán la mitad del inmueble (es decir, seis doceavas partes), como porción original de su legado y dos doceavas partes adicionales del mismo (equivalentes a dos terceras partes de la porción vacante), como sustituto del legatario premuerto (o sea, ocho doceavas partes, en total); y a GG corresponderán una cuarta parte del inmueble (es decir tres doceavas partes), como porción original de su legado, más una doceava parte adicional del mismo (equivalente a una tercera parte de la porción vacante), como sustituto del legatario premuerto (o sea, cuatro doceavas partes, en total). En otras palabras, la porción vacante del legado (una cuarta parte o tres doceavos del bien que constituye su objeto), se distribuye en proporción de dos a uno, entre los sustitutos FF y GG, ya que sus respectivas institucionales principales guardan entre sí esa misma proporción (desde luego, si el testador hubiera dispuesto otra cosa, no se debe seguir la regla legal antes explicada, sino la voluntad del causante).

Pero si el testamento instituye dos o más herederos o legatarios por cuotas o partes *desiguales* y prevé una sustitución cuyos titulares sean esos mismos instituidos principales *y además otra u otras personas*, la porción de herencia o de legado que quede vacante corresponde a todos los sustitutos por partes iguales, salvo disposición en contrario del testador (ap. del art. 962 CC). Ejemplo: "Instituyo como herederos míos a AA, por una cuarta parte de mi patrimonio y a BB, por las tres cuartas partes restantes. De faltar cualquiera de ellos, su cuota corresponderá al otro y a CC". Si AA renuncia a dicha herencia, su cuarta parte se divide de por mitad, entre BB y DD (por tal razón, en definitiva, tocará a BB: 3/4 + 1/8 = 7/8 de la herencia; y a DD, 1/8 de la misma).

3. *Consecuencias adicionales*.

En principio, así como el sustituto se hace titular de los derechos sucesorales que hubieran correspondido a la persona a quien sustituye, también debe hacerse cargo de las obligaciones y cargas que afectaban a ese instituido cuyo lugar ocupa (art. 961 CC). En consecuencia, el término (si se trata de institución a título particular), la condición, el modo, los legados y cualesquiera otras cargas que afectan al principal

instituido, que no quiere o no puede aceptar, recaen –por regla general– sobre su sustituto.

Existen, empero, ciertas excepciones al respecto.

i) El testador puede liberar al sustituto, de la totalidad o de parte de las obligaciones, cargas, legados, modalidades, etc., que estableció respecto del principal instituido. Para ello basta, simplemente, que haga evidente en el testamento su voluntad al respecto (art. 961 CC).

ii) Las obligaciones, cargas y condiciones que se refieren o que conciernen especialmente a la persona del principal instituido, no deben considerarse establecidas respecto del sustituto, salvo que el testador disponga expresamente otra cosa (ap. del art. 961 CC).

Por ejemplo, si el testador ha instituido a un heredero, que es profesor, con la carga de que dicte gratuitamente la cátedra de su especialidad y durante determinado plazo, en cierto instituto o a ciertas personas, tal obligación es incuestionablemente de índole personal y, por consiguiente, no afecta –en principio– al sustituto de dicho principal instituido. Pero el testador puede perfertamente disponer lo contrario y, dentro de esa hipótesis, si el sustituto por ejemplo, carece de la preparación necesaria para dictar él mismo la cátedra en cuestión, tendrá que cumplir la carga por equivalente, es decir, designando a sus expensas un catedrático que lo haga.

En todo caso, la regla de oro en esta materia, es interpretar la voluntad testamentaria en la forma que corresponda a la verdadera intención del causante.

## 69-B. La sustitución fideicomisaria

Se entiende por sustitución fideicomisaria, la disposición testamentaria mediante la cual se instituye al heredero o al legatario (primer instituido), con la obligación –cualquiera que sea la manera como ello se exprese– de conservar la herencia o el legado, a fin de que a su muerte, una u otro pase a la titularidad de determinada otra persona (sustituto) (art. 963 CC).

En la sustitución vulgar, el sustituto ocupa el lugar del primer instituido, *a falta de éste* ; en la sustitución fideicomisaria, en cambio, el sustituto ocupa el lugar del primer instituido, *después* de éste y –precisamente– a su fallecimiento[6].

6 Cierta jurisprudencia de instancia confunde la sustitución fidiecomisaria, con la fiducia (JTR, Vol. III, pp.154-159). Sin embargo, ello es un error: si bien, como a continuación indicamos, la sustitución fidiecomisaria deriva históricamente de la fiducia, en el Derecho moderno se trata de dos instituciones diferentes. En efecto como sabemos, la fiducia es la disposición de última voluntad que el causante comunica *secretamnete* a su heredero o legatario *aparente*, en la confianza de que éste la cumplirá (*supra*, nº 56-B, D); por el contrario como acabamos de decir, la sustitución fidiecomisaria es la institución testamentaria mediante la cual se llama *abiertamente* a una persona a la herencia o al legado, para después de que muera un primer instituido, que no es aparente sino *real y verdadero*.

La sustitución fideicomisaria tiene su origen en el fideicomiso del Derecho Romano (*supra*, nº 56-B, D) y en el desarrollo ulterior del mismo que tuvo lugar en la Edad Media.

Floreció de manera particular durante el Antiguo Régimen, por causa del interés de la aristocracia en la concentración de la riqueza y en la conservación y retención del patrimonio familiar en sus descendientes varones, particularmente los primogénitos, a fin de asegurar y mantener su preeminencia económica y política.

Empero, como ese tipo de sustituciones constituía también un obstáculo para la transmisión de los bienes e impedía el libre comercio de ellos, creaba problemas de orden social y por eso fue objeto de una serie de limitaciones y de restricciones legales, ya desde mediados del siglo XVI y, particularmente en el siglo XVIII, aun antes de la Revolución Francesa. Esta, finalmente, las proscribió totalmente y tal ejemplo fue seguido por otras legislaciones europeas, particularmente la italiana[7].

El Código Napoleón, si bien mantuvo tal prohibición al menos en términos generales (art. 896), admitió una serie de excepciones al respecto, que perduran en la actualidad (arts. 897 y 1.048 y sigs. CC francés). En España, la Ley de 11 de octubre de 1820, restablecida por Decreto de 31 de agosto de 1836, únicamente suprimió las sustituciones fideicomisarias denominadas "de vinculación perpetua" o de "tipo mayorazgo" y el vigente CC español las continúa admitiendo, aunque con ciertas restricciones (art. 781 y sigs.). El CC italiano de 1865 prohibió las sustituciones fideicomisarias de manera absoluta (art. 899); en cambio, el CC italiano de 1942 adoptó un sistema similar al francés, al permitirla en una serie de casos específicos (arts. 692-699); empero, tal situación fue modificada por la Ley Nº 151 de 19 de mayo de 1975, que eliminó la sustitución fideicomisaria propiamente dicha y consagró en su lugar una institución que es un híbrido de sustitución cuasi-fideicomisaria y sustitución pupilar.

Excepción hecha del CC de 1867, que prohibió toda sustitución fideicomisaria (art. 589), la legislación venezolana siempre la ha admitido, aunque con limitaciones, como veremos a continuación[8].

Por nuestra parte, consideramos que la sustitución fideicomisaria es inconveniente e innecesaria. En efecto, dicho instituto, por una parte, determina una situación de trabamiento en los patrimonios, que es absolutamente inconveniente tanto para el interés individual, como para el social; y, por lo demás, es a todas luces innecesaria, ya que sus resultados prácticos pueden perfectamente lograrse mediante la disposi-

---

7 Al respecto, *cfr*.: Polacco, *op. cit.,* T.I, p.420; Planiol & Ripert, *op. cit.*, T.V, nº 284, pp. 301-302.

8 CC de 1862, art. 8º, Ley III , Título II, Libro Tercero; CC de 1873, art. 835; CC de 1880, art. 841; CC de 1896, art. 862; CC de 1904, art. 868; CC de 1916 y de 1922, art. 954; CC de 1942, art. 963.

ción de un usufructo vitalicio sobre los bienes comprendidos en la herencia o en el legado, a favor de persona diferente de la del heredero o legatario instituido como principal beneficiario.

1. *Elementos o requisitos.*

Para que pueda hablarse de este segundo tipo de sustitución, es indispensable el concurso de tres elementos, requisitos o condiciones, a saber: que la disposición implique múltiple vocación sucesoral sobre el mismo objeto de la herencia o del legado; que se imponga al primer instituido la obligación de conservar y de restituir la herencia o el legado que se le deja; y que tal restitución, en favor del sustituto, tenga lugar, precisamente, a la muerte del primer instituido.

i) La sustitución fideicomisaria requiere necesariamente que la respectiva institución testamentaria determine una *múltiple vocación sucesoral sobre el mismo objeto de la herencia o del legado*. Debe tratarse de que el testador instituye como heredero o como legatario a determinada persona, la cual –al fallecer– ha de ser sustituida exactamente con la misma cualidad o condición, por otra persona también determinada por el causante ("Instituyo como heredero mío a AA, quien deberá conservar mi patrimonio, a fin de que a su muerte, el mismo pase a BB"; "Lego mi casa de habitación a NN, quién deberá conservarla para que cuando fallezca, pase a la propiedad de MM"). No es, pues, el caso de que se instituya alguien por el usufructo vitalicio o temporal de los bienes comprendidos en la herencia o en el legado y que se instituya también a otro, como titular de la nuda propiedad de tales bienes: en esta última hipótesis no hay sustitución fideicomisaria, sino institución de heredero gravado con un legado de usufructo ("Instituyo a AA como mi único y universal heredero y dejo a BB el usufructo vitalicio de los bienes comprendidos en mi herencia"); o institución en varios legados, uno de nuda propiedad y otro de usufructo ("Dispongo favor de AA, el usufructo vitalicio de mi casa de habitación y de mi finca 'Altamira', en el sentido de que la nuda propiedad de tales bienes corresponderá a BB"); según cuál haya sido la voluntad del causante[9].

Por lo demás, aunque en realidad la condición del primer instituido –cuando el causante también ha nombrado un sustituto fideicomisario– es muy parecida a la del titular de un derecho de usufructo, podemos señalar, siguiendo a Cicu, algunos rasgos diferenciales, entre una y otra situación: 1) dicho heredero está legitimado para actuar en juicio, como actor o como demandado, en todo lo relacionado con

---

9 En todo caso, conviene aclarar que nada impide que se establezca una sustitución fideicomisaria respecto de un legado de usufructo; *v.gr.*: "Lego a AA el usufructo de la casa de mi propiedad, distinguida con el N° 112, ubicada en la Avenida Universidad de la ciudad de Caracas; en el entendido de que a la muerte de dicho legatario, el usufructo del inmueble en cuestión pasará a BB, mientras éste viva". En este caso también hay una disposición múltiple de un mismo derecho sobre el bien al cual se refiere la institución: el objeto de ésta es el mismo derecho del usufructo –íntegro– sobre determinado bien, tanto para el primer instituido, como para su sustituto fideicomisario.

los bienes que integran la herencia, puesto que mientras viva, es pleno titular de los mismos (en cambio, el usufructuario sólo pude estar en juicio en lo concerniente a su derecho de usufructo); 2) los actos de disposición que eventualmente lleve a cabo el primer instituido, respecto de la plena propiedad de bienes comprendidos en la herencia o en el legado que recibe, no deben considerarse como realizados sobre cosas ajenas, sino más bien sobre cosas de su propiedad, aunque sujetas a condición resolutoria (por el contrario, si el usufructuario lleva a cabo actos de esa naturaleza respecto de los bienes comprendidos en su usufructo, debe estimarse que los realiza sobre cosas ajenas, en todo cuanto excedan de su derecho de usufructo); y 3) como consecuencia de lo antes indicado, las enajenaciones efectuadas y los gravámenes establecidos por el primer instituido, conservan su valor y efectos en caso de que el sustituto fideicomisario no quiera o no pueda suceder (pero si el usufructuario dispone de la plena propiedad de bienes comprendidos en su usufructo, tales actos jamás adquieren eficacia, hasta tanto queden cubiertos por la prescripción)[10].

No obstante lo antes dicho, nos parece evidente que las normas legales concernientes al usufructo, son aplicables por analogía al primer instituido de una sustitución fideicomisaria (art. 4° CC), salvo las que contradigan la naturaleza misma de la sustitución fideicomisaria y siempre que el causante no haya dispuesto otra cosa[11].

ii) Por otra parte, para que pueda hablarse de sustitución fideicomisaria es indispensable que el testador imponga al primer instituido, la *obligación de conservar la herencia o el legado y de restituir una u otro al respectivo sustituto*; siendo sin embargo absolutamente indiferente, la manera como se exprese lo antes dicho. En consecuencia, si no se establece el deber del instituido de conservar lo que se le deja, o si no se le obliga a restituirlo a otra persona, no hay sustitución fideicomisaria.

De manera que la institución concebida en el sentido de que el primer instituido sólo debe restituir a otra persona, lo que eventualmente quede o subsista de la herencia o del legado que se deja a aquél –figura que la doctrina suele denominar *fideicomiso de residuo*– no es ni puede considerarse como una sustitución fideicomisaria.

---

10 Al respecto, *cfr.*: Cicu, *op. cit*. (*Testamento*), p. 311.

11 Al respecto, *cfr.*: Castán Tobeñas, *op. cit.*, T. VI, Vol. II, pp. 252-253; F. Puig Peña, *Tratado de Derecho Civil Español*, Rev. Derecho Privado, Madrid, 1954, T. V, Vol. I, pp. 499-500. *Contra*: Dominici, *op.cit.*, T. II, pp. 230-231. Por su parte, el ap. del art. 693 CC italiano vigente, dispone expresamente: "Al instituido [como sustituto fideicomisario] son comunes, en cuanto fueren aplicables, las normas concernientes al usufructuario".
A nuestro juicio, por lo demás, las disposiciones legales relativas al usufructo, aplicables por analogía al primer instituido en una sustitución fideicomisaria, no son únicamente las que figuran en el CC (art. 583 y sigs.), sino también las que se refieren a ese derecho real en cualesquiera otros cuerpos legales, como por ejemplo, la que figura en el artículo19 LIS (forma de calcular el valor de la nuda propiedad de un bien y el del usufructo del mismo, a los fines de establecer el gravamen fiscal correspondiente, en sucesiones por causa de muerte).

En todo caso, la disposición de un fideicomiso de residuo es nula, por lo que concierne al instituido en segundo lugar (motivo por el cual el primer instituido queda, en definitiva, como único instituido), toda vez que el objeto y el alcance de su institución (sea de herencia o sea de legado), no derivaría de la voluntad del causante, sino la del primer instituido, con lo cual se habría violado el principio de la necesaria determinación, por el propio causante, del objeto de su institución (*supra*, nº 56-C)[12].

iii) Finalmente, la sustitución fideicomisaria requiere que la restitución de la herencia o del legado al respectivo sustituto, se verifique –precisamente– *al fallecer el primer instituido.*

La institución de heredero, con obligación a cargo del instituido de conservar y restituir la herencia a otra persona, en un momento diferente de la muerte del primer instituido, sería –por una parte– una disposición universal sometida a término final (la relativa al primer instituido); seguida de otra disposición universal sujeta a término inicial (la concerniente al segundo instituido). Y no podría considerarse como sustitución fideicomisaria, puesto que tanto el término final (de la primera institución) como el término inicial (de la segunda institución), deben tenerse por no puestos, a tenor de lo establecido por el art. 916 CC (*supra*, nº 57-A). De manera que tal caso tiene necesariamente que resolverse en el sentido de que uno y otro instituidos son coherederos por iguales partes, ya que resultan llamados simultáneamente por el *de cujus*, como consecuencia de deberse tener como no escritos, los términos previstos en el testamento.

Por el contrario, la institución de un legado con obligación a cargo del legatario de conservarlo y restituirlo a otra persona, en un momento diferente del de la muerte del primero –lo cual significa una institución particular a término final, seguida de otra institución particular a término inicial– es perfectamente válida y eficaz, aunque tampoco pueda calificarse como sustitución fideicomisaria, ya que en los legados sí son válidas las disposiciones sujetas a este tipo de modalidad (*supra*, nº 57-A).

2. *Condiciones de validez*.

Expresa el ap. del art. 963 CC que "esta sustitución es válida aunque se llame a recibir la herencia o el legado a varias personas sucesivamente, pero sólo respecto de las que existan a la muerte del testador". De manera que nuestro sistema legal admite la sustitución fideicomisaria tanto en primero como en ulterior grado; *v.gr.*: "Instituyo a AA como mi heredero, quien deberá conservar dicha herencia, para que a su muerte, pase a BB" (sustitución fideicomisaria de primer grado); "Instituyo a AA como

---

12 En el mismo sentido, *cfr.:* De Ruggiero, *op. cit.*, T. II, Vol. II, p. 500; Polacco, *op. cit.*, T. I, pp. 423-425. En cambio, Sanojo (*op.cit.*, T. II, nº 339, p. 301), probablemente inspirado por la doctrina francesa (que en ese sentido es extraña a nuestro sistema legal), considera que la disposición aludida es válida.

heredero universal, en el entendido de que él deberá conservar mi herencia, a fin de que a su muerte, la misma pase a BB; éste, por su parte, también deberá conservar la herencia en cuestión, la cual al fallecer dicho segundo instituido, corresponderá a DD" (sustituciones de primero y de segundo grados).

Empero, la validez de ese tipo de sustituciones está limitada a las instituciones de aquellos instituidos que existan para la fecha de la apertura de la sucesión del testador, única y exclusivamente: nuestro legislador consideró que esa limitación bastaba para evitar los problemas que puedan derivarse de las sustituciones fideicomisarias. Por tanto, es absolutamente nula y carece de todo valor y efecto, la sustitución fideicomisaria dispuesta en favor de quienes ya hayan fallecido para el momento de la muerte del *de cujus* o que aun no están concebidos para entonces (lo cual constituye una excepción a la norma contenida en el ap. del art. 840 CC, que permite instituir por testamento a los hijos de una persona determinada, que viva para la fecha de la muerte del causante, aunque aquéllos no estuvieren todavía concebidos: *supra*, n° 30-1, A, a).

A primera vista podría parecer contradictorio que el ap. del art. 963 CC admita la sustitución fideicomisaria en instituciones universales, aunque aquélla, por su naturaleza, no sea sino una institución a término inicial incierto (la muerte del primer instituido), toda vez que el art. 916 CC indica que debe tenerse por no puesto el término inicial o final en una institución testamentaria deheredero. Empero, no existe tal contradicción, puesto que el art. 919 *ejusdem* reitera la vigencia de la regla *dies incertus conditionem in testamento facit* (en materia testamentaria, el término incierto se considera como una condición), que ya estudiamos con anterioridad (*supra*, n° 57-A).

Precisamente por las mismas razones antes indicadas, es obvio que cuando se abre la sucesión del testador, tanto el primer instituido (heredero o legatario), como todos sus sutitutos fideicomisarios, se hacen simultáneamente titulares del *jus delationis* (a menos que hubieren sido designados bajo una condición suspensiva): el primer instituido, en razón de que, por hipótesis, lo ha sido de manera pura y simple; y el sustituto fideicomisario, porque su derecho está sujeto a una condición que según la intención del testador, no hace más que suspender la ejecución de la disposición, por lo que ya tiene un derecho adquirido, transmisible a sus herederos aun antes del cumplimiento de esa condición (art. 919 CC).

Desde luego, no es válida la sustitución fideicomisaria que afecte la legítima del heredero legitimario, pues como sabemos, la misma se debe en plena propiedad y libre de toda carga o condición (art. 883 y sigs. CC) (*supra*, Capítulos VIII y IX).

En los casos de institución fideicomisaria válida, ella puede ser pura y simple o condicional. Habrá la primera, cuando el sustituto debe recibir la herencia en cuestión, a la muerte del primer instituido, sin consideraciones adicionales de otro tipo. En cambio, hay sustitución fideicomisaria condicional, si la institución del sustituto

está, *además*, sujeta al acaecimiento de un hecho futuro e incierto; *v.gr.:* "Instituyo a AA como mi universal heredero, quien deberá conservar dicha herencia, a fin de restituirla a su muerte a BB, pero sólo en caso de que el primero fallezca sin descendencia".

En todo caso, la nulidad de una sustitución fideicomisaria, por no existir el instituido para la fecha de la muerte del testador (o por cualquier otro motivo), no afecta en modo alguno la validez de la institución del primer heredero o legatario, ni la de cualesquiera otros sustitutos fideicomisarios que sí existan para ese momento (art. 964 CC)[13].

Para terminar este punto, cabe advertir que la sustitución fideicomisaria comprende y envuelve también una sustitución vulgar, salvo que el causante haya dispuesto otra cosa: si el primer instituido no quiere o no puede aceptar la herencia, la sustitución fideicomisaria funciona como una sustitución vulgar u ordinaria; y dicha sustitución vulgar implícita es válida, aun en el caso eventual de que la fideicomisaria no lo sea[14].

3. *Consecuencias adicionales.*

i) La ley no impone expresamente al primer instituido, la obligación de levantar inventario formal o solemne de los bienes comprendidos en la herencia o en el legado que recibe con la carga de conservar y de restituir. Sin embargo, como dijimos anteriormente, a dicho primer instituido se debe aplicar, por analogía, la normativa que rige respecto del titular de un usufructo (salvo cuando contradiga la naturaleza misma de la sustitución fideicomisaria). Ahora bien, el art. 601 CC establece que para poder tomar las cosas sobre las cuales ha de ejercer su derecho, el usufructuario tiene que llevar a cabo un inventario descriptivo de todos los bienes comprendidos en el mismo, a cuyo efecto debe ser citado el propietario: en consecuencia, nos parece necesario concluir que la aludida previsión debe aplicarse al caso que nos ocupa, salvo que el testador haya dispuesto otra cosa (por lo demás, tal procedimiento constituye la única forma de evitar cualesquiera ulteriores problemas y complicaciones).

El referido inventario es judicial y debe efectuarse con arreglo a las disposiciones del art. 921 y sigs. CPC. Sus gastos son de cargo del primer instituido, por aplicación analógica de la disposición que figura en el primer ap. de dicho art. 601 CC (a menos que el testador haya dispuesto de otra manera).

Cuando el primer instituido no solicita que se lleve a cabo el inventario, su sustituto fideicomisario puede ser autorizado para hacerlo él mismo, a costa de aquél

13 Esa regla legal, que no es sino una aplicación del principio *utile per inutile non vitiatur*, fue copiada por el legislador venezolano del CC italiano de 1865 (art. 900), donde tenía por razón de ser, evitar que se pudiera interpretar que la nulidad de la institución fideicomisaria establecida el art. 899 *ejusdem*, acarreaba también la nulidad de la institución del primer heredero o legatario, como establecía el art. 896 del Código Napoleón.

14 En el mismo sentido, *cfr.*: Ricci, *op.cit.*, T. VIII, nº 437, pp. 685-687; Polacco, *op.cit.*, T. II, pp. 433-437, Cicu, *op. cit.* (*Testamento*), p. 313; Dominici, *op.cit.*, T. II, pp. 232 y 233; etc.

(aplicación analógica del art. 1.266 CC); y en caso de que el primer instituido haya sido liberado por el causante de la obligación en referencia, el sustituto, de todas maneras, puede pedir que se efectúe, pero a sus propias expensas (aplicación analógica del últ. ap. del art. 601 CC).

ii) Tanto por aplicación directa de la regla del art. 920 CC, que impone la caución muciana al heredero o al legatario instituido con la obligación de no hacer o de no dar algo (*supra*, nº 58, A), como también por aplicación analógica de las disposiciones contenidas en el art. 602 y sigs. CC, concernientes a las obligaciones del usufructuario, el instituido con sustituto fideicomisario está obligado a dar a este último, caución de fiel cumplimiento de sus obligaciones de conservar la herencia o el legado y de restituir una u otro a dicho sustituto.

iii) Cabe señalar, en cuanto respecta a los acreedores del primer instituido heredero o legatario, con la carga de conservar y de restituir, que ellos perfectamente pueden cobrarse con las rentas y frutos naturales o civiles de los bienes comprendidos en la herencia o en el legado, producidos o devengados en la vida de su deudor, mas no con la propiedad de esos bienes, toda vez que la misma tiene que ser restituida en su oportunidad al sustituto fideicomisario. Y en lo tocante a los acreedores de éste, es necesario tener en cuenta que mientras viva el primer instituido, aquéllos no pueden pretender cobrarse con los bienes de la herencia o del legado, puesto que –por hipótesis– pertenecen todavía a dicho primer designado. En cambio, los acreedores del testador sí pueden perfectamente cobrar sus créditos mediante la ejecución de cualesquiera bienes que figuren en el patrimonio hereditario, tanto en vida del heredero primeramente instituido, como después de la muerte de éste (cuando la herencia ha pasado al sustituto fideicomisario), tal como hubieran podido hacerlo en vida de su deudor original.

## 69-C. La sustitución cuasi-fideicomisaria

Establece el art. 965 CC: "Puede el testador dar sustituto a los incapaces de testar respecto de los bienes que les deje, para el caso de que el incapaz muera en la incapacidad de testar, excepto de lo que tenga que dejarles por razón de legítima". Se trata del tipo de sustitución que podemos denominar cuasi-fideicomisaria.

En esencia, es la misma sustitución fideicomisaria, pero dispuesta por el testador en el caso específico de que el heredero o el legatario primeramente instituido sea *incapaz de testar* y para que funcione únicamente en el supuesto de que dicho incapaz *fallezca cuando todavía se encuentra en esa situación de incapacidad.* Ejemplos: "Instituyo a AA [quien por hipótesis es incapaz para testar] como mi único y universal heredero y dispongo que si él fallece siendo aun incapaz para testar, la herencia que le dejo pase entonces a BB"; "Lego mi casa de habitación a NN [quien por hipótesis es incapaz de testar] y en caso de que él muera siendo todavía incapaz para disponer por testamento, dicho inmueble pasará entonces a la propiedad de MM".

En cuanto a su naturaleza, pues, es una sustitución fideicomisaria (institución efectuada con la carga de conservar y de restituir al segundo instituido), pero sujeta a condición suspensiva (que el primer instituido muera siendo aun incapaz para testar)[15].

De ahí que le sean aplicables las mismas reglas y principios que gobiernan las sustituciones fideicomisarias propiamente dichas, particularmente la consagrada en el ap. del art. 963 CC: es válida sólo respecto de los sustitutos que existan para la fecha de la muerte del testador. Remitimos al lector a lo anteriormente expuesto sobre el particular (*supra*, nº 69-B).

Es claro que la sustitución cuasi-fideicomisaria tampoco puede comprender la legítima del heredero legitimario, puesto que ésta se debe de pleno derecho y sin carga o condición alguna (art. 883 CC) (*supra*, Capítulos VIII y IX).

La sustitución cuasi-fideicomisaria y la sustitución pupilar, a la cual nos referimos después (*infra*, nº 69-D), tienen ciertos elementos comunes: el primer instituido –en uno y otro caso– debe carecer de capacidad para testar, en el momento cuando el causante otorga su acto de última voluntad; y, además, la sustitución que se dispone, únicamente habrá de funcionar –en ambas situaciones–si el primer instituido fallece adoleciendo todavía de tal incapacidad. Pero también existen diferencias notables entre esos dos tipos de sustitución: a) Por una parte, la cuasi-fideicomisaria puede ser establecida por cualquier testador, independientemente de que tenga o no algún vínculo de familia con el primer instituido; la pupilar, en cambio, sólo puede ser dispuesta por el padre y la madre del instituido. Y b) Por otra, la sustitución cuasi-fideicomisaria única y exclusivamente puede tener por objeto lo que el causante haya dejado, en herencia o en legado, al primer instituido; por el contrario, el objeto de la sustitución pupilar puede comprender los demás bienes del primer instituido, aunque este no los haya recibido por herencia o por legado del testador.

La sustitución cuasi-fideicomisaria válidamente dispuesta, se extingue de pleno derecho y queda sin efectos, si el incapaz instituido en primer término, llega a la capacidad para testar o si la recobra, según sea el caso.

Las sustituciones cuasi-fideicomisarias aparecieron en la legislación venezolana, con el CC de 1873 y desde entonces se han mantenido en ella[16].

---

15 En el mismo sentido, *cfr.*: M. Albaladejo, *Sustituciones Hereditarias*, Gráficas Summa, Oviedo, 1956, p. 131.- Cabría preguntar si es o no válida la disposición en virtud de la cual se instituye heredero o legatario a una persona que es capaz para disponer por testamento, a quien se nombra un sustituto sólo para el caso de que aquél pierda esa capacidad y fallezca siendo incapaz de testar. La respuesta nos parece clara: en dicho caso no habría en realidad una sustitución cuasifideicomisaria (precisamente porque el primer instituido no era incapaz de testar, cuando el *de cujus* dispuso en su favor), sino una sustitución fideicomisaria propiamente dicha, aunque sometida a condición (que el primer instituido pierda a posteriori su capacidad para disponer por acto de última voluntad y muera en esa situación).

16 Art. 837 CC de 1873; art. 843 CC de 1880; art. 864 CC de 1896; art. 870 CC de 1904; art. 956 CC de 1916 y de 1922; art. 965 CC de 1942.

Dicha institución incuestionablemente tiene como fuente remota, la sustitución pupilar romana original. Pero se diferencia fundamentalmente de ésta, en razón de que la cuasi-fideicomisaria –como hemos dicho– puede ser establecida por cualquier testador, tenga o no algún vínculo de familia con el primer instituido; y, en cambio, la pupilar romana original, sólo podía ser dispuesta por el padre en ejercicio de la patria potestad (a más de que la sustitución cuasi-fideicomisaria procede cuando el primer instituido está incurso en cualquier causa de incapacidad para testar, mientras que la pupilar romana sólo era utilizable si el primer instituido era impúber) (*infra*, nº 69-D).

Empero, el legislador patrio de 1873, en realidad, no se inspiró al efecto directamente en el Derecho Romano, sino en la disposición que contenía el segundo párrafo del artículo 638 del Proyecto de CC español del1851 (generalmente conocido como Proyecto García Goyena), que decía: "Puede también el testador dar sustituto en los bienes de libre disposición al heredero impúbero, para el caso que éste muera antes de llegar a la pubertad". Y el propio García Goyena explicaba esa disposición así: "Sin esta libertad podrían muchos retraerse de favorecerlos en el testamento, por temor de que no pudiendo los impúberos hacerlo [el testamento] le sucediesen en los bienes personas que no mereciesen el afecto del testador"[17].

No conocemos legislación alguna vigente, distinta de la nuestra, que admita la sustitución cuasi-fideicomisaria. Sin embargo, el art. 692 del CC italiano, tal como el mismo quedó redactado por la Ley Nº 151 de 19 de mayo del1975, que modificó su texto original, consagra bajo la denominación de fideicomisaria, una sustitución que más bien es en parte cuasi-fideicomisaria y en parte pupilar (*infra* nº 69-D). La norma en cuestión dice así: "Cualquiera de los padres o de los ascendientes en línea recta o el cónyuge del entredicho, puede instituir, respectivamente, al hijo, al descendiente o al cónyuge, con la obligación de conservar y restituir a su muerte los bienes, comprendiendo incluso la legítima, en favor de la persona o del ente que, bajo la vigilancia del tutor, haya tenido a su cuidado al mismo entredicho. La misma disposición se aplica en el caso del menor de edad, si éste se encuentra en tal condición de habitual enfermedad mental, que haga presumir que en el término previsto en el art. 416, se habrá de pronunciar su interdicción".

## 69-D. La sustitución pupilar

Se trata de la figura consagrada en el art. 966 CC, que dispone lo siguiente: "El padre, y en su defecto, la madre, podrán hacer testamento por el hijo incapaz de testar para el caso en que éste muera en tal incapacidad, cuando el hijo no tenga herederos forzosos, hermanos ni sobrinos".

17 Citado por Albaladejo, *op. cit.*, p. 131.

Desde muy antiguo, el Derecho Romano reconoció al *pater*, la facultad de asignar heredero al hijo impúber que estuviera directamente bajo su potestad, para el caso de que muriera *alieni juris* e impúber, es decir, pupilo; por eso se dió a la institución la denominación de sustitución *pupilar*. Se explicaba, conforme hemos repetido, en razón de la extraordinaria importancia que daban los romanos a la circunstancia de morir testado.

Originalmente, para testar por su hijo, el *pater* tenía primero que instituirlo heredero; y únicamente podía disponer de los mismos bienes que le dejaba y no de otros que eventualmente pudiese tener dicho hijo en su patrimonio, para el momento de su muerte: por consiguiente se trataba –en esencia– de la misma sustitución que nosotros hemos denominado cuasi-fideicomisaria, pero limitada al caso del padre que daba sustituto al hijo impúber. Más tarde, sin embargo, el padre pudo disponer por testamento de todos los bienes de su hijo impúber, aunque lo hubiera desheredado.

El Derecho Justinianeo extendió ese derecho de testar por el hijo, al padre o a la madre, cuando aquél estuviera loco (aunque no se encontrase bajo su potestad), para el caso de que muriera siéndolo aún; a ello se denominó sustitución cuasi-pupilar o ejemplar, puesto que se admitía *ad exemplum pupillaris*. La sustitución cuasi-pupilar requería que se dejara al hijo loco, cuando menos, su legítima; y si él tenía hijos o hermanos, el sustituto tenía que ser elegido primeramente de entre los primeros y a falta de ellos, de entre los segundos[18].

La sustitución pupilar no figura en el CC francés.

Tampoco figuraba en el CC italiano de 1865, ni en el original de 1942. Pero como antes hemos indicado, el art. 692 CC italiano vigente, tal como quedó redactado por la Ley N° 151 de 19 de mayo de 1975, admite una sustitución que es en parte cuasi-fideicomisaria y en parte pupilar (*supra*, n° 69-B).

En cambio, el CC español (arts. 775-777), sí reconoce y reglamenta la sustitución pupilar, tal como nosotros la entendemos.

Dicha sustitución fue admitida en Venezuela, desde la promulgación del CC de 1873[19].

1. *Naturaleza.*

Como acabamos de indicar, la sustitución pupilar fue originalmente, en Roma, una verdadera sustitución, puesto que para que la hubiera, el *pater* tenía que instituir primeramente como heredero a su hijo impúber y a continuación le nombraba sustituto, de

18 Al respecto, *cfr.:* Gayo (*Institutas*), II, 179-184; *Institutas*, II, XVI.

19 Art. 838 CC de 1873; art. 844 CC de 1880; art. 865 CC de 1896; art. 871 CC de 1904; art. 957 C de 1916 y de 1922; art. 966 CC de 1942.

lo mismo que le dejaba, para el caso de que falleciera antes de llegar a la capacidad testamentaria. Pero en nuestro sistema legal, la situación no es exactamente igual.

En efecto, si bien es cierto que el hijo del testador tiene que ser siempre heredero de éste (salvo que fuere incapaz para sucederlo, por algún motivo legal), toda vez que es legitimario suyo (art. 883 CC), la facultad que otorga la ley al padre y a la madre para disponer por testamento en nombre del hijo incapaz, no se limita a lo que el último aludido reciba por causa de muerte de uno u otro de sus progenitores. El padre y la madre, pueden comprender en el testamento que otorguen por el hijo, todo o parte del patrimonio de éste, independientemente de que él lo haya habido o no por herencia o por legado de aquéllos: basta la lectura comparativa de los arts. 965 (sustitución cuasi-fideicomisaria) y 966 CC (sustitución pupilar), para apreciar que en relación con el primero, sólo puede designarse sustituto por lo que se deja al incapaz; pero que, en cuanto al segundo, no existe tal limitación.

De manera que, en esencia y en definitiva, nuestra sustitución pupilar no es ya una verdadera sustitución (disposición testamentaria en virtud de la cual el testador instituye varios herederos o varios legatarios de un mismo bien, en forma sucesiva); sino que se trata más bien de la facultad que la ley da al padre y a la madre, de testar en nombre y representación de su hijo incapaz. Se trata, en consecuencia, de una importantísima –y la única– excepción que existe, del carácter esencialmente personal que tiene el testamento (*supra*, nº 25, 3)[20].

A nuestro juicio, la sustitución pupilar –a pesar de que es poco utilizada en la práctica– es una institución interesante y útil, que vale la pena conservar en nuestra legislación.

2. *Condiciones de validez*.

Para que la sustitución pupilar sea válida y eficaz, se requiere –como ya hemos dicho– que el testador sea el padre o la madre de la persona en cuyo nombre y representación otorga el acto de última voluntad (poco más adelante volveremos sobre este punto); y además, que el hijo, por quien se dispone, sea incapaz de testar para el momento cuando se otorga el testamento. Pero ello no es todo.

---

20 En el mismo sentido, *cfr.*: Albaladejo, *op. cit.*, pp. 139-162 (especialmente, p. 162); Puig Peña, *op. cit.*, T. V, Vol. I, pp. 459-469 (especialmente, pp. 468-496); Sanojo, *op. cit.*, T. II, nº 342, p. 302 (al menos implícitamente); Dominici, *op. cit.*, T. II, p. 234. Por el contrario, un grupo importante de autores españoles estima que el testador que dispone una sustitución pupilar, sólo puede referirla a lo que haya dejado el incapaz por quien nombra sustituto; en ese sentido, *cfr.*: Castán Tobeñas, *op. cit.*, T. VI, Vol. II, pp. 237-238; J.M. Manresa y Navarro, *Comentarios al Código Civil Español*, 7ª. ed., Reus, Madrid, 1951, T. VI, pp. 150-153; etc. El criterio de estos últimos es inadmisible en el Derecho venezolano, pues entonces habría que concluir que –en esencia– los arts. 965 y 966 consagran una misma institución, la cual carecería de todo sentido: adviértase que el CC español no contiene disposición alguna equivalente a la del art. 965 CC venezolano (sustitución cuasifideicomisaria)

Es indispensable, además que el hijo en cuestión *muera sin haber adquirido o recuperado dicha capacidad* para disponer por testamento: de manera que basta que él llegue a ser capaz, después de que su padre o su madre haya testado en su nombre, para que este testamento pierda –*ope legis*– todo valor y efecto; y ello, aunque el hijo vuelva a caer más tarde en incapacidad para disponer por acto de última voluntad: se trata de un instituto de índole absolutamente excepcional, puesto que –conforme hemos señalado–contradice el carácter personalísimo del acto testamentario y, por consiguiente, resulta obligado interpretar y aplicar de la manera más restrictiva, la previsión legal que la consagra[21].

Y por último, es también condición de validez y de eficacia de la sustitución pupilar, que para el momento de su muerte, el hijo incapaz en cuya representación ha testado el padre o la madre, no tenga herederos legitimarios (descendientes, ascendientes y cónyuge no separado de bienes), ni tampoco hermanos o sobrinos: la ley autoriza al padre y a la madre a testar por el hijo incapaz, única y exclusivamente si éste carece de familiares cercanos, ya que sólo en esa hipótesis puede justificarse una excepción tan importante al carácter personalísimo del testamento.

De lo dicho se deduce, además, que si el hijo incapaz premuere respecto del padre o la madre que ha testado en su nombre, la sustitución pupilar caduca, precisamente porque dicho padre o madre sería un legitimario suyo sobreviviente.

3. *Personas que pueden instituirlas.*

De acuerdo con el texto claro y expreso del art. 966 CC, en Venezuela sólo pueden disponer sustituciones pupilares, "el padre y en su defecto, la madre" del incapaz, en cuyo nombre y representación se otorga el testamento (en cambio, en España, dicha sustitución puede ser establecida por todos los ascendientes del incapacitado: arts. 775 y 776 CC español; y en Italia, pueden disponer la sustitución que es en parte cuasi-fideicomisaria y en parte pupilar, tanto los padres, como los otros ascendientes y el cónyuge del incapaz: art. 692 CC italiano vigente). La aludida previsión legal venezolana, nos ha llegado inalterada desde el CC de 1873 inclusive.

Ahora bien, antes de la promulgación de la LRPCC de 1982, era evidente que la copiada expresión ("el padre y en su defecto, la madre"), significaba que en principio, la facultad de instituir sustituciones pupilares correspondía al padre del incapaz para testar ; y que sólo en caso de que el padre hubiera sido privado de la patria potestad de su hijo menor, o de que se le hubiese removido de su tutela, o de que dicho progenitor estuviera también incapacitado para disponer por testamento, o en fin, de que él hubiese muerto o estuviera ausente, era cuando la madre del incapaz tenía el

21 Precisamente por ello, a nuestro modo de ver, tal caducidad de la sustitución pupilar, se produce independientemente de que en el intervalo comprendido entre la adquisición o readquisición de la capacidad par testar y la nueva pérdida de la misma, el hijo haya o no otorgado el tastamento. En el mismo sentido, *cfr.*: Dominici, *op. cit.*, T.II, p. 234.

derecho de testar por su hijo. En otras palabras, la frase en referencia, era una especie de reflejo de las restantes disposiciones legales que reconocían la preeminencia del padre sobre la madre, en cuanto a sus derechos y obligaciones relativos a los hijos comunes (ap. del art. 261 CC original de 1942, sobre la patria potestad de los hijos matrimoniales; art. 303 CC original de 1942, concerniente nombramiento de tutor del menor; art. 383 CC original de 1942, correspondiente a la facultad de emancipar voluntariamente al hijo; art. 398 CC original de 1942, que atañe al nombramiento de tutor del entredicho; etc.)[22]. Pero como la LRPCC modificó por completo esa situación y estableció una igualdad completa en lo relativo a las facultades y cargas de ambos progenitores respecto de sus hijos matrimoniales, extra-matrimoniales y adoptivos, es necesario preguntar cómo debe interpretarse en la actualidad, la aludida previsión del art. 966 CC[23].

A nuestro modo de ver, es incuestionable que hoy en día, no sería correcta la interpretación según la cual el derecho de la madre a testar por el hijo, está subordinado al del padre mismo, puesto que ello contradiría toda la filosofía y la estructura del CC vigente. Por lo tanto, hemos de llegar a una primera conclusión sobre el particular: los referidos derechos del padre y de la madre, deben considerarse de igual categoría y, por ende, ninguno de ellos puede privar respecto del otro.

Ello, a su vez, nos conduce a tener que aceptar que la frase en cuestión, sólo puede significar en los actuales momentos, que la madre puede testar por el hijo incapaz, *si el padre no lo ha hecho;* y que éste –a su vez– puede disponer en nombre de su hijo inhábil, *cuando la madre no lo hizo.*

De lo anteriormente expuesto cabe además deducir –al menos como regla general– que en caso de que ambos progenitores hayan testado, cada uno por su cuenta, en representación del hijo incapaz, ambos testamentos deben tenerse como absolutamente ineficaces, puesto que en tal hipótesis no podría sostenerse que uno de los padres dispuso por el hijo impedido, *en defecto* del otro. Y si los dos padres testan conjuntamente por dicho hijo, el acto de última voluntad es igualmente nulo, pues se trataría de un testamento colectivo prohibido por el art. 835 CC (*supra*, nº 25, 2).

Pero por razones que se imponen por sí mismas, habría también que admitir que cuando el padre y la madre, actuando separadamente, han otorgado por su hijo incapaz, en la misma fecha, sendos testamentos *idénticos entre sí*, ambos actos de última voluntad deben tenerse como eficaces.

---

22 En ese mismo sentido, *cfr:* Dominici, *op. cit.* T. II, p.. 234.

23 La circunstancia de que dicha LRPCC no haya redactado de nuevo el referido art. 966 CC, a fin de adaptar su texto a las modificaciones de carácter sustancial efectuadas por la misma en materia de Derecho de Familia, pone de nuevo en evidencia la precipitación y la escasez de técnica con que ella fue elaborada, aprobada y promulgada.

## 70. LA REPRESENTACIÓN TESTAMENTARIA

El art. 953 CC establece el principio general de que toda disposición testamentaria queda sin efecto, si el instituido en ella no sobrevive al testador o es incapaz. Por nuestra parte, hemos aclarado con anterioridad, que la premoriencia del instituido es una de las causas de incapacidad para suceder, por falta de existencia (*supra*, nº 30-A, A); de manera pues que, en definitiva, la citada regla o principio legal, puede simplificarse aun más, diciendo que las disposiciones testamentarias quedan sin efecto, cuando el instituido es incapaz para suceder. Por otra parte, sabemos igualmente que es absolutamente nula la disposición testamentaria mediante la cual se instituye a una persona incapaz (art. 848 CC) (*supra*, nº 30-G).

Empero, el ap. del mismo art. 953 CC consagra una excepción al respecto: "Sin embargo, los descendientes del heredero o legatario premuerto o incapaz, participarán de la herencia o del legado en el caso de que la representación se hubiere admitido en su provecho, si se tratare de sucesión *ab intestato*; a menos que el testador haya dispuesto otra cosa, o que se trate de legados de usufructo o de otro derecho personal por su naturaleza".

El ap. antes transcrito, consagra la figura de la *representación testamentaria* .

Dijimos, en su oportunidad que la sucesión por derecho de representación era una institución típica y característica de la sucesión intestada (*supra*, nº 17-E); no obstante, nuestro legislador –inspirado en el CC italiano de 1865 y a diferencia de la generalidad de las demás legislaciones extranjeras– también la admite, dentro de ciertos límites, en la sucesión testamentaria.

1. *Supuestos de hecho.*

Tal como lo establece el ap. del art. 953 CC, en materia testamentaria la representación sólo se admite, en caso de que igualmente hubiera funcionado si se tratara de una sucesión intestada. Sin embargo, la doctrina no es concorde respecto de lo que ello significa exactamente.

El criterio más estricto que existe sobre el particular, es el de que la representación testamentaria sólo procede, cuando las disposiciones testamentarias del causante, reproducen exacta y fielmente, la normativa legal que regiría respecto de la sucesión, en caso de que ésta fuese *ab intestato* (y siempre que –desde luego– en tal sucesión intestada, procediera la sucesión por derecho de representación)[24].

Por ejemplo: el causante, que no deja descendencia, hijos adoptados en adopción antigua ni ascendientes vivos, tiene cónyuge y dos hermanos, a quienes ha instituido como sus universales herederos, así: la mitad de la herencia para el cónyuge y la otra mitad

24 Tal es la posición de Pescatore (citado por Pacifici-Mazzoni, *op.cit.*, T. VIII, nº 122, pp. 298-301; y por Polacco, *op.cit.*, T. I, pp. 450-451).

para los dos hermanos, por partes iguales. En tal caso, si alguno de los hermanos fuere incapaz para suceder, los hijos de dicho incapaz ocupan su lugar en la referida sucesión, por derecho de representación (puesto que el testamento se limita a reproducir la normativa sucesoral legal y en el ejemplo propuesto, de tratarse de una sucesión intestada, tendría lugar la sucesión por derecho de representación). En cambio, si el testador hubiera instituido a su cónyuge y a sus dos hermanos, a razón de una tercera parte para cada uno de ellos tres; o si además de dichos familiares hubiera también designado heredero a un extraño, la representación no podría funcionar en favor de los sobrinos de dicho causante –en caso de faltar alguno de los hermanos en cuestión– porque la situación determinada por el testamento no corresponde exactamente a la que se plantearía a falta del mismo (y ello, a pesar de que la sucesión por derecho de representación funciona en la sucesión intestada en favor de los sobrinos del *de cujus*).

Pero de aceptarse dicha posición, en realidad no tendría mayor sentido ni interés la previsión del ap. del art. 953 CC, puesto que –al menos en la generalidad de los casos– cuando el causante decide otorgar testamento, es precisamente porque desea alterar las previsiones legales relativas al orden de la sucesión intestada y entonces –por hipótesis– no podría haber representación sucesoral.

En el otro extremo, la tesis doctrinal más amplia que existe sobre la materia que comentamos, sostiene que la representación testamentaria funciona siempre que el heredero o legatario instituido y que falta por incapacidad, deja descendencia; aunque no exista vínculo alguno de familia entre el testador y el heredero o legatario faltante[25].

Ejemplo: el testador instituye como sus únicos y universales herederos a un ahijado y a un amigo, con quienes no tiene vínculo legal alguno de familia; si cualquiera de ellos es incapaz para suceder al causante, sus respectivos hijos (es decir, los hijos del ahijado o los hijos del amigo), concurren a la herencia en representación del instituido que falta.

Creemos que esa posición es igualmente inadmisible, puesto que la representación en la sucesión intestada no funciona por el simple hecho de que el heredero que falta tenga hijos u otros descendientes, sino que –además– se requiere indispensablemente, que la persona que habría recibido el llamado directo –de ser capaz– sea descendiente o hermano del *de cujus*; por lo que sería evidentemente *contra legem*, admitir la representación testamentaria en casos en los que no podría funcionar si la sucesión hubiera sido intestada.

Entre los dos tesis extremas antes aludidas, existe una gran variedad de opiniones intermedias. Empero la mayor parte de los autores interpreta la previsión contenida en el ap. del art. 953 CC, en el sentido de para que funcione la representación tes-

25 Tesis sostenida por Borsari (citado por Polacco, *op.cit.*, T. I, p. 456).

tamentaria es necesario –pero basta– que el instituido incapaz sea descendiente o hermano del testador, independientemente de que el testamento reproduzca o no, total o parcialmente la normativa, del orden de suceder *ab intestato* que regiría en el caso concreto, si no existiera el testamento[26].

Ejemplo: el causante tiene tres hijos, a quienes instituye herederos por partes desiguales y además deja determinada cuota hereditaria a un hermano; en tal caso tanto los respectivos hijos de cada hijo del testador y también los hijos del hermano, representan a su respectivo progenitor en dicha sucesión testamentaria, en caso de incapacidad del mismo, aunque el testamento no corresponda exactamente con la distribución de la herencia, si ésta fuese intestada.

También nosotros adherimos al último criterio explicado.

Es evidente, desde luego, que a los efectos de la representación testamentaria, se debe tomar en cuenta las mismas limitaciones que sobre el particular rigen en la representación intestada, a saber: en línea recta descendente, tiene efecto indefinidamente (art. 815 CC); en línea colateral, sólo se admite en favor de los hijos de los hermanos del *de cujus* (art. 817); y no la hay en línea recta ascendente (art. 816 CC) (*supra*, nº 17-B).

2. *Fundamento y funcionamiento.*

La representación, en la sucesión testamentaria se basa, simplemente, en que el legislador considera que ella corresponde a la intención del causante. Estima, en efecto, que –por regla general– si el *de cujus* ha instituido a su hijo o a su hermano, como heredero o como legatario, también quiso instituir a los descendientes del uno o a los hijos del otro, según el caso, para que ocuparan su lugar, si dicho primer beneficiario resulta afectado por incapacidad para suceder.

Por consiguiente, la representación testamentaria no puede funcionar, cuando del propio testamento resulta, de manera expresa o ímplicita, que el causante no lo deseaba.

El testador dispone expresamente contra el funcionamiento de la representación, cuando así lo señala abiertamente en su acto de última voluntad (*v. gr.*: "Queda entendido que en caso de que mi hermano NN sea incapaz para sucederme, la cuota por la que lo he instituido no corresponderá a sus hijos"). Pero también hay casos, en los cuales tal intención del *de cujus* no es menos clara, a pesar de ser ímplicita: así sucede, por ejemplo, cuando el causante nombra sustituto del hijo o del hermano que designa en primer término, ya que esa conducta pone de manifiesto que aquél

---

26 En ese sentido, *cfr:* Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. VIII, nos. 123-125, pp. 301-324; De Ruggiero, *op. cit.*, T. II, Vol.II, p. 518; Polacco, *op. cit.*, T. I, pp. 448-450 y 452-453.

no quiere que la cuota vacante de herencia o de legado pase a los hijos del primer instituido, sino al sustituto en cuestión[27].

Señala la norma en comentario, que también debe estimarse que el causante no desea la representación, cuando dispone legados de usufructo u otros cuyo objeto es de naturaleza personal (*v.gr.*: derecho de uso, derecho de habitación).

No ha lugar la representación testamentaria cuando la institución (universal o particular) fue hecha bajo condición suspensiva que no se cumple o bajo condición resultoria que se cumple; ni si se trata de legados instituidos a término final, que se cumple. En efecto, ninguna de esta situaciones corresponde a casos de incapacidad del instituido, que –según el texto expreso y claro del ap. del art. 953 CC, es la única hipótesis que da lugar al funcionamiento de la representación testamentaria.

Por último, tampoco procede dicha representación, si el instituido ha renunciado a la herencia o al legado: en efecto el art. 820 CC expresa que "no se representa a las personas vivas, excepto cuando se trata de personas ausentes o incapaces de suceder"; y sabemos que ello quiere decir que jamás se representa al renunciante (*supra*, nº 17-A)[28].

## 71. EL DERECHO DE ACRECER ENTRE COHEREDEROS Y ENTRE COLEGATARIOS

Puede acontecer que el testador haya instituido conjuntamente varios herederos o varios legatarios (de un mismo bien, en este último caso) y que luego algunos de aquellos o de éstos no quiera o no pueda aceptar la institución que los favorece, por cualquiera de las causas señaladas con anterioridad (*supra*, nº 68). Dentro de esas hipótesis, si el testador no ha designado sustituto del heredero o del legatario faltante (*supra*, nº 69 y sigs.) y si tampoco procede la representación testamentaria (*supra*, nº 70), puede haber lugar al derecho de acreecer, a los efectos de llenar esta vacante.

Consiste ese derecho, en que la cuota de la herencia o la porción del legado que ha quedado sin titular, pasa y beneficia a los demás coherederos o a los otros colegatarios, según el caso (arts. 942 y 947 CC).

---

27 No obstante, debe tenerse en cuenta que en el caso citado, cuando se trata de legitimarios, a pesar de la incapacidad del instituido y de la circunstancia de que el testador le haya designado sustituto, los descendientes del incapaz tienen derecho a la legítima que debía tocarle al excluido (arts. 813 y 842 CC) (*supra*, nº 30-A, B, *in fine*).

28 A fin de evitar confusiones al respecto, conviene tener en cuenta que el causante, mediante disposición de última voluntad, puede alterar todo cuanto se ha dicho respecto del funcionamiento de la representación en la sucesión testamentaria; ya que –al menos en términos generales– no se trata de materias que interesen al orden público (salvo que afecten la legítima de herederos legitimarios).

1. *Fundamento.*

Tradicionalmente se lo ha explicado –cuando se refiere a la sucesión universal– como una consecuencia de la naturaleza misma del derecho del instituido, respecto de la herencia. Cada heredero, en efecto, por ser continuador de la persona del *de cujus (supra,* nº 6, A), tiene –en potencia– vocación a la totalidad del patrimonio que él deja; sólo que –en acto– tal derecho está limitado por el que, a su vez, corresponde a sus coherederos. Por ello, cuando cualquiera de éstos falta, el derecho potencial de los restantes se actualiza sobre la cuota vacante.

En el Derecho Romano, además, era una consecuencia de la regla *nemo pro parte testatutus, pro parte intestatus descedere potest*[29] (*supra*, nos. 6, D y 25, 7), que obligaba a asignar a los otros herederos cualquier porción vacante del patrimonio hereditario,para que la misma no pasara a los herederos legítimos del testador.

Pero, en todo caso, siempre se ha reconocido que el instituto se basa –tanto en la sucesión universal, como en la particular– en la interpretación que hace la ley, de la voluntad presunta del testador: por tal razón, el causante perfectamente puede disponer–en principio– que funcione el derecho de acrecer en casos distintos de los previstos por la ley (situación que significaría la institución de sustitutos); y, asimismo, que no opere en alguna, algunas o todas las hipótesis en las que el legislador lo admite. Se pueda decir que el derecho de acrecer no es sino una sustitución legal, recíproca e implícita, entre los varios instituidos.

2. *Requisitos o condiciones.*

Para que proceda el derecho e acrecer, se requieren tres requisitos o condiciones, en el caso de coherederos y sólo dos, si se trata de colegatarios.

A. Es indispensable, en primer lugar, que la institución de los herederos o de los legatarios, se haya hecho sin designación de partes (arts. 943 y 947 CC) (*v.gr.*: "Instituyo como únicos y universales herederos a AA, BB y DD"; "Lego mi casa de habitación a NN y a MM").

La ley presume que cualquier asignación expresa de partes en la correspondiente disposición testamentaria, debe interpretarse como indicación de que el causante desea limitar la cuota de herencia o la porción del legado, precisa y exclusivamente a la señalada en el acto de última voluntad, para cada uno de los coherederos o de los colegatarios. El CC incluso incurre en el formalismo de establecer que "la simple expresión *por iguales partes* u otra semejantes, no excluyen el derecho de acrecer", pero que, en cambio, basta que el testador haya indicado expresamente una cuota para cada uno, aunque sea indéntica para todos ellos, a fin de que no pueda ya admitirse el acrecimiento (arts. 944 y 947 CC). De manera que si el testador dice: "Dejo mi herencia a AA, BB y DD, a razón de una tercera parte para cada uno", ninguno de

29 *Institutas*, II, XIV, 5.

dichos herederos se beneficia con el derecho de acrecer, en caso de faltar cualquiera de los otros; por el contrario, si el *de cujus* dispone: "Dejo mi herencia a AA, BB y DD, por partes iguales", entonces sí funciona el derecho de acrecer entre dichos instituidos, de faltar algunos de los mismos[30].

B. El derecho de acrecer, por otra parte, no procede sino entre los coherederos o entre los colegatarios *designados conjuntamente por el causante en un mismo testamento* (arts. 943 y 947 CC).

El legislador considera que la misma circunstancia de que los diversos herederos o los varios legatarios de un mismo bien, aparezcan nombrados en distintos testamentos, es razón suficiente para concluir que el testador no desea que funcione entre ellos el derecho de acrecer, aunque tales actos de última voluntad sean compatibles entre sí.

Pero es evidente que aún en el supuesto de que el *de cujus* deje varios testamentos, hay lugar al derecho de acrecer entre los diversos herederos o los varios legatarios instituidos en cada uno de ellos, siempre que existan los otros requisitos o condiciones necesarios para el acrecimiento.

C. Por último, en cuanto concierne solamente a las instituciones universales, es también necesario que los varios herederos sean nombrados por el *de cujus, en una misma disposición o cláusula testamentaria* (art. 943 CC): por tanto, si los varios herederos son designados –aunque sin asignación de partes y en un mismo acto de última voluntad– en diversas cláusulas o disposiciones de éste, tampoco procede entre ellos el derecho de acrecer.

Desde luego, si en un mismo testamento existen diferentes cláusulas en las cuales el *de cujus* instituye herederos sin designación de partes, cada grupo de herederos nombrados en una misma disposición goza del derecho de acrecer entre los integrantes de ese grupo; pero no respecto de los herederos nombrados en otra cláusula testamentaria.

Este tercer requisito para el funcionamiento del derecho de acrecer entre los sucesores universales, no lo exige la ley respecto de los colegatarios: entre ellos procede el acrecimiento, aunque sean nombrados en distintas disposiciones testamentarias, siempre que no haya habido asignación de partes de la cosa legada y de que todos sean instituidos en un mismo acto de última voluntad (art. 947 CC, *in fine*). Tal peculiaridad no tiene otra explicación que la menor importancia o transcendencia que el legislador da a la institución de legatario, en relación con la del heredero.

---

30 Dicho absurdo formalismo, que heredamos del CC italiano de 1865 (art. 881), fue eliminado del CC italiano de 1942: de acuerdo con éste, hay derecho de acrecer entre instituidos con señalamientos de cuota o de parte, si la cuota o la parte de todos ellos es idéntica (art. 674).

3. *Derecho de acrecer y legado de usufructo.*

Dispone el art. 948 CC, que si el causante ha instituido un legado de usufructo en favor de varias personas, en forma tal que –de acuerdo con lo anteriormente explicado– proceda entre ellas el derecho de acrecer, éste entonces funciona no sólo cuando alguno de los legatarios falta para el momento de la apertura de la sucesión del testador, sino incluso cuando dicha falta ocurre *después* de la aceptación del legado por el instituido en cuestión.

Conviene que nos detengamos para precisar el alcance de la referida norma legal, toda vez que su redacción no es del todo clara y precisa.

El derecho real de usufructo sólo puede establecerse por un plazo fijo, no mayor de treinta años (últ. ap. del art. 584 y segundo ap. del art. 619 CC), o por toda la vida de su titular, pues el usufructo establecido sin término de extinción o a plazo indefinido, se entiende que dura mientras el usufructuario exista (últ. ap. del art. 584 y primer ap. del art. 619 CC).

De ahí que, en lo tocante al legado de usufructo conjunto, de hecho únicamente se pueden plantear tres situaciones diferentes.

A. *Primer caso.- Falta uno de los usufructuarios antes de haber él aceptado el legado*: Cuando el testador dispone en un mismo testamento, un derecho de usufructo conjunto –ya sea *vitalicio* o *temporal*– sin designación de partes y alguno de los beneficiarios no puede o no quiere aceptar, su porción acrece los derechos de los restantes legatarios del usufructo. En tal caso, empero, no hay nada raro ni peculiar, sino que se trata del *funcionamiento normal y ordinario* del derecho de acrecer.

Por ejemplo, el causante ha testado así: "Dejo en usufructo a AA y a BB, el edificio 'Libertador', de mi propiedad, ubicado en la avenida cuarta de la Urbanización Altamira, área metropolitana de Caracas". Si para la fecha de la apertura a la sucesión del testador, AA ya ha fallecido o si él renuncia al legado de usufructo que se le deja, la porción de ese derecho que se le hubiera correspondido, acrece la parte del usufructo sobre el mismo bien, legada a BB, quien se hace entonces titular de la totalidad del usufructo sobre el aludido edificio "Libertador".

Lo mismo sucedería, *mutatis mutandi*, si el legado de usufructo conjunto a que se refiere el ejemplo, hubiera sido instituido sólo temporalmente (*v.gr.*: por el plazo de diez años contados desde la fecha de la muerte del testador).

B. *Segundo caso.- Se trata de un usufructo conjunto pero de plazo determinado y uno de los usufructuarios falta después de haber aceptado el legado:* Si el testador ha instituido en un mismo testamento a varias personas, sin designación de partes, como beneficiarias de un derecho de usufructo conjunto, pero *temporal*, puede suceder que todos los instituidos acepten el legado, pero que *posteriormente* alguno de ellos falte (*v.gr.*: por muerte) antes de que venza el término del usufructo. En tal hipótesis, no se extingue

esa porción del usufructo, pues en nuestro sistema legal, cuando ese derecho se ha establecido por tiempo determinado, subsiste hasta el vencimiento del mismo, aunque fallezca su titular (según resulta del texto del primer ap. del art. 619 CC); y *tampoco funciona el derecho de acrecer* en favor de los restantes legatarios (es decir, no se aplica la referida previsión del art. 948 CC); sino que la porción del derecho de usufructo que correspondía al legatario muerto, pasa a sus herederos, a quienes corresponde por el resto del plazo de su duración establecido por el testador[31].

Ejemplo: el testador lega a AA y a BB, sin designación de partes y en un mismo testamento, el usufructo de determinado bien, por el plazo de diez años; ambos instituidos aceptan, pero BB muere dos años después que el testador. El derecho de usufructo que correspondía a BB no se extingue y, por ende, no se consolida con la nuda propiedad del bien; tampoco acrece los derechos del colegatario AA; sino que pasa a los herederos de BB y pertenece a ellos durante los ocho años que quedan del usufructo originalmente instituido por el testador.

C. *Tercer caso.- El usufructo es conjunto pero vitalicio y uno de los usufructuarios falta después de haber aceptado el legado*: Finalmente, de haber dispuesto el causante, en un mismo testamento, un derecho de usufructo *vitalicio* a favor de varias personas, sin designación de partes, puede también acontecer que todos los instituidos acepten el legado, pero que *posteriormente* alguno de ellos falte (*v.gr.*: por muerte). Dentro de esa hipótesis ¿qué sucede con la porción del usufructo de que era titular ese legatario faltante? A primera vista podría pensarse que ella se consolida con la nuda propiedad del bien en cuestión y que, por ende, corresponde al titular de dicha nuda propiedad, toda vez que, según el primer ap. del art. 619 CC, el usufructo no establecido por tiempo determinado, se extingue a la muerte de su titular. Empero, no es así: tal situación –precisamente– sí se rige y gobierna por la norma excepcional del art. 948 CC, de acuerdo con la cual, la porción de usufructo vacante por la muerte de su titular, *acrece* los derechos de usufructo de los demás colegatarios.

Ejemplo: se trata de un legado de usufructo vitalicio sobre determinado bien, a favor de AA y de BB, establecido sin designación de partes y en un mismo testamento; ambos beneficiarios lo aceptan, pero posteriormente fallece AA. En ese caso, no se extingue el

---

31 La disposición del primer ap. del art. 619 CC, de acuerdo con la cual el usufructo establecido a plazo determinado no se extingue a la muerte de su titular, no figuraba en los CC anteriores al de 1942. Tampoco conocemos CC extranjero alguno que contenga norma similar, ya que en todos ellos la muerte del usufructuario –aunque se trate de usufructo temporal cuyo plazo no haya vencido– acarrea la extinción del derecho.
En todo caso, la doctrina venezolana actual es conteste en el sentido de que a la muerte del titular de un usufructo temporal cuyo término no se ha cumplido, el derecho pasa a los herederos del mismo, hasta que venza el plazo corres pondiente. Al respecto, *cfr.*: Bastidas, *op. cit.*, T. II, pp. 102-104 (aunque dicho autor critica la referida innovación del CC de 1942); Kummerow, *op. cit.*, nº 134, p. 417.
Tal solución, desde luego, no procede en legislaciones diferentes a la nuestra.

derecho de usufructo legado a AA (como correspondería si se debiera aplicar la regla del primer ap. del art. 619 CC), sino que el mismo pasa a BB (acrecimiento), quien desde ese momento hasta su muerte, se hace titular del usufructo completo del bien al cual se refiere (en base a la regla excepcional del art. 948 CC).

Desde luego, tanto en le primero como en el tercero de los casos antes indicados, si el derecho de acrecer no procede entre los usufructuarios titulares del legado –por haber sido instituidos en distintos testamentos o con designación de partes– la porción del que falte se consolida con la nuda propiedad del bien objeto de dicho usufructo (ap. del art. 948 CC).

4. *Consecuencias.*

Expresa el art. 997 CC que no puede haber aceptación parcial ni condicional de la herencia (*infra*, nº 87); y esas reglas son también aplicables por analogía –al menos en principio– a la aceptación del legado (*supra* , nº 64-A, A). Ello unido a la naturaleza misma del derecho de acrecer, explica que cuando éste procede, funciona de manera automática; lo cual significa que el heredero o legatario no puede renunciar al acrecimiento y aceptar sólo la cuota o la porción que le hubiera correspondido según el testamento del causante, ni viceversa: simplemente tiene que optar por aceptar o por repudiar todo. De lo contrario sería el propio beneficiario y no el causante, quién habría establecido el objeto de la institución, lo cual es inadmisible (*supra* , nº 56, C)[32].

Por las razones expuestas, no cabe hacer diferenciación alguna entre el *jus delationis* que corresponde al heredero o al legatario, a consecuencia del llamado testamentario que le hace el causante y el que se agrega al mismo, en razón de la procedencia del derecho de acrecer.

Otra importantísima lógica consecuencia del derecho de acrecer, es que el heredero o legatario que se beneficia con el mismo, está legalmente obligado –a su vez– a soportar las obligaciones y cargas que gravan la cuota de herencia o la parte del legado que le corresponde por el acrecimiento (arts. 945 y 950 CC); y desde luego, si son varios los herederos o legatarios a quienes pasa la cuota o la parte del heredero o legatario que falta, tales obligaciones y cargas se distribuyen entre ellos por partes iguales. No obstante, es evidente –por tratarse de materias que no interesan al orden público– que el testador tiene la libertad de establecer otra cosa y, de hacerlo, su voluntad priva sobre el texto legal.

---

32 La doctrina es unánime sobre el particular; al respecto, *cfr.*: Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. X, nº 12, pp. 27-28; Ricci, *op. cit.*, T. VIII, nº 414, p. 632; De Ruggiero, *op. cit.*, T II, Vol. II, p. 378; Polacco, *op. cit.*, T. I, p. 445; Messineo, *op. cit*, T. VII, nº 203, p. 374; Cicu, *op. cit.* (*Testamento*), p. 298; etc. Por los demás, si cuando se produce –de hecho– el acrecimiento, el coheredero había aceptado la herencia, ya ni siquiera tenía la alternativa de renunciar a todo, pues no puede retractarse de la aceptación que hizo (art. 1.010 CC; *infra*, nº 91, 2); y ésta, a su vez implica que también aceptó el acrecimiento (la situación del legatario es diferente, pues como antes dijimos, su aceptación es –en principio– retractable: *supra*, nº 64-A, B).

La doctrina en general está también de acuerdo,en que si la obligación o la carga impuesta por el testador al heredero o al legatario que falta, es de naturaleza personal (*v.gr.:* que se gradúe de médico), entonces no recaen sobre el heredero o legatario en cuyo provecho funciona el derecho de acrecer, salvo que el mismo testador haya dispuesto lo contrario[33].

5. *Consecuencias de la no procedencia del derecho de acrecer.*
Cuando por cualquier motivo falta un heredero y el derecho de acrecer no puede funcionar, la cuota que habría correspondido al faltante se defiere a los sucesores *ab intestato* del *de cujus* (art. 946 CC). Se trata de un caso específico de aplicación de la regla general, según la cual la sucesión intestada tiene lugar cuando falta, en todo o en parte, la testamentaria (ap. del art. 807 CC; *supra*, nos. 5, A y 24).

Dichos herederos *ab intestato*, a su vez, están obligados a soportar las cargas y obligaciones que afectan la cuota que habría correspondido al heredero que falta, en la misma proporción de sus respectivos derechos sucesorales (ap. del art. 946 CC), salvo que se trate de obligaciones o cargas de índole personal. Desde luego, el testador puede establecer otra cosa en su acto de última voluntad y ello priva sobre la normativa legal.

De no ser procedente el derecho de acrecer entre colegatarios, la porción del legado que queda vacante, aprovecha a la persona o a las personas a quienes habría correspondido su cumplimiento: el heredero u otro legatario a quien el causante haya encargado personalmente su pago; y de no existir ese encargo especial, a todos los herederos, en proporción a sus respectivas cuotas (art. 949 CC; *supra,* nº 65). Pero en dichos casos, el beneficiario o los beneficiarios del derecho que habría correspondido al legatario que falta, tienen también que cumplir las obligaciones y cargas que afectaban a la institución (art. 950 CC).

## 71-A. El derecho de acrecer en la sucesión intestada

El derecho de acrecer entre coherederos, igualmente funciona en la sucesión *ab intestato*, pero sólo en caso de *renuncia* de alguno de los llamados por la ley a suceder al *de cujus*. Al efecto, dice que el art. 1.014 CC: "En las sucesiones intestadas, la parte del que renuncia acrece a sus coherederos; si no hay otro heredero, la sucesión se defiere al grado subsiguiente".

Existe, no obstante, otra importante diferencia en cuanto al funcionamiento del derecho de acrecer en uno y otro tipo de sucesiones por causa de muerte: en la testamentaria, la cuota del heredero que falta, siempre se distribuye *por partes iguales*, entre los demás coherederos (pues, como hemos dicho, el art. 944 CC exige para la

33 Al respecto, *cfr.*: Pacifici-Mazzoni, *op.cit* , T.X, nº 13, pp. 30-31; Ricci, *op. cit.*, T. VIII, nº 414, p. 633; Polacco, *op. cit.*,T.I, p. 445: Dominici, *op.cit.*, T. II, p. 198.

procedencia del derecho de acrecer en esos casos, que todos los instituidos lo hayan sido por partes iguales: *supra*, nº 71); por el contrario, en la sucesión intestada, la cuota del heredero que renuncia, se distribuye entre los demás *en la misma proporción de sus respectivas cuotas hereditarias (que pueden o no ser iguales entre sí).*

# CAPÍTULO XIII

# ALBACEAS O EJECUTORES TESTAMENTARIOS

72. Concepto de Albacea o Ejecutor Testamentario.- 73. Naturaleza Jurídica del Albaceazgo.- 74. Caracteres del Albaceazgo.- 75. Funciones del Albacea.- 75-A. Atribuciones Legales del Albacea.- 75-B. El Apoderamiento de los Bienes de la Herencia.- 76. Terminación del Albaceazgo: sus Consecuencias.

## 72. CONCEPTO DE ALBACEA O EJECUTOR TESTAMENTARIO

En nuestro sistema legal, el testamento es normalmente ejecutado y cumplido por el mismo heredero: éste se ocupa directamente de pagar y entregar los legados dispuestos por el causante, así como de atender al cumplimiento de las demás cargas y obligaciones que el mismo haya impuesto. Y sin son varios los herederos, todos ellos proceden de consuno a cumplir tales legados, cargas y obligaciones.

Empero, puede suceder que el testador –por un motivo u otro– no tenga la suficiente seguridad o confianza en que su heredero o sus herederos habrán de cumplir y de acatar debida y oportunamente su voluntad; o que estime –por las circunstancias del caso que afecten al heredero o a los herederos– que él o ellos, necesitan cierta protección o asistencia, a los efectos del cumplimiento de los legados, cargas y obligaciones establecidos en el testamento.

Por eso, la ley autoriza al *de cujus* a encargar a una o más personas, que designa en su testamento, para que cumplan o para que velen por el cumplimiento de su última voluntad: ellas se denominan, indiferentemente, *albaceas*, *testamentarios* o *ejecutores testamentarios*[1].

A nuestro pensar, la raíz más remota de la institución del albaceazgo, es el fideicomiso romano: la disposición de última voluntad mediante la cual el causante rogaba

---

1 Nuestra jurisprudencia de instancia, (JTR, Vol. III, p. 159), ha definido al albacea, como "un mandatario impuesto por el testador a sus herederos o legatarios universales, con el objeto de obtener una más segura, más exacta y más diligente ejecución de sus últimas voluntades".- En todo caso, la frase transcrita es original de Pothier (*Donations Testamentaires,* Chap. V, Sect. I, Pr.).

al heredero que cumpliera determinada manda u orden, en beneficio de un tercero[2] (*supra*, nos. 27 y 56-B, D). Sin embargo, la generalidad de la doctrina se inclina por considerar que se originó más bien en la figura del *Salmann*, que intervenía en las adopciones *in hereditatem* (*affatomia*) del antiguo Derecho Germánico[3].

Sea lo que fuere, existe consenso respecto de que, cuando en realidad floreció y se desarrolló el albaceazgo –en forma más o menos parecida a la que tiene en las legislaciones modernas– fue en la alta Edad Media y bajo el patrocinio del Derecho Canónico.

Como hemos indicado con anterioridad (*supra*, nos. 24, *in fine* y 30-B, A), durante el medioevo, la Iglesia influyó de manera decisiva en la generalización de la costumbre de testar y en la inclusión, en el acto de última voluntad, de liberalidades a favor de obras pías y caritativas (las cuales incluso se presumían ordenadas por el *de cujus*, cuando éste fallecía sin haber recibido los sacramentos). Inicialmente, el testador acostumbraba encargar a alguno de sus parientes, amigos o personas de confianza, el cumplimiento de esas liberalidades; pero con el tiempo, la ley canónica designó al obispo de la respectiva diócesis, como ejecutor testamentario de pleno derecho de todos los legados píos, independientemente de lo que el *de cujus* estableciera al respecto en su acto de última voluntad.

Con el tiempo fue arraigando también la costumbre de designar uno o más albaceas, para que se encargaran del cumplimiento de las disposiciones testamentarias distintas de los legados píos. Más aún, en ciertas regiones –como Inglaterra– se llegó a negar validez al testamento que no incluyera el nombramiento del ejecutor; y en otras –como Francia– si el causante no lo había designado o si la designación resultaba ineficaz, se entendía que el albaceazgo correspondía, de pleno derecho, al obispo, al señor de la tierra o al juez civil, según el caso.

La institución de la ejecutoría testamentaria llegó a su apogeo en Europa, en el siglo XIII y comenzó a decaer en el inmediato siguiente, sobre todo porque a partir de entonces, "el testamento se desarrolla en un ambiente de juristas animados por sentimientos religiosos más fríos que los de sus antecesores..."[4].

El ejecutor testamentario, en aquellas épocas, tenía por misión ejecutar y cumplir las mandas dispuestas por el testador y sostener la validez del acto de última voluntad, ya que de ello dependía la eficacia de dichas liberalidades. Y a los efectos

---

2 *Institutas*, II, XXIII y XIV.

3 Al respecto, *cfr.*: Lepointe, *op. cit.*, nº 194, pp. 150-151; Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. VIII, nº 170, p. 449; De Ruggiero, *op. cit.*, T. II, Vol. II, p. 519; Polacco, *op. cit.*, T. I, pp. 495-496 (en nota del traductor S. Sentís M.); De Page, *op. cit.*, T. VIII-2, nº 1327, p. 1423; Castán Tobeñas, *op. cit.*, T. VI, Vol. II, pp. 359-360; H. Planitz, *Principios de Derecho Privado Germánico*, trad. C. Melón I., Bosch, Barcelona, 1957, nº 100, pp. 372-373; etc.

4 Cita de O. Martin, hecha por Lepointe, *op. cit.*, nº 239, p. 178.

de poder llevar a cabo sus funciones de manera cabal, la ley lo autorizaba para apoderarse o tomar posesión (*saisine*) de los bienes muebles que figuraban en el patrimonio hereditario y, a veces, incluso de los inmuebles[5].

Por lo que concierne al Derecho contemporáneo comparado, cabe señalar que "dos modalidades modernas presenta el albaceazgo: a) En las legislaciones latinas y germánicas es función secundaria y subordinada a la voluntad del testador. b) En las legislaciones anglosajonas es institución esencial, pues no se permite a los sucesores liquidar la herencia, siendo ésta la función propia del ejecutor testamentario o judicial"[6].

## 73. NATURALEZA JURÍDICA DEL ALBACEAZGO

Bastante se ha escrito y discutido sobre la naturaleza jurídica del ejecutor testamentario.

Algunos han considerado que la función del albacea equivale a una *tutela* o a una *curatela*; otros han estimado que el ejecutor juega el papel de *árbitro.* Generalmente, sin embargo, se sostiene que, por cuanto el albacea se limita a cumplir un encargo ajeno, actúa en realidad como *mandatario.*

Por otra parte, dentro de la ultima corriente aludida, no existe unanimidad de opinión, respecto de quién es en realidad el mandante del ejecutor testamentario. Algunos han dicho que es el *de cujus*, pues él lo ha designado y le ha señalado sus funciones[7]; pero otros piensan que mal podría ser así, toda vez que el mandato se extingue con la muerte del mandante (ord. 3° del art. 1.704 CC) y, en cambio, el albaceazgo precisamente comienza cuando tal cosa ocurre. Un segundo grupo doctrinario mantiene que el albacea es mandatario de los herederos, en razón de que

---

5 En relación con todo lo anteriormente expuesto,*cfr.:* Pothier, *op. cit.*, (*Donations Testamentaires*), Chap. V, Sect. I; Lepointe, *op. cit.*, n° 194, pp. 149-151, n° 196, pp. 152-153, nos. 216-220, pp. 165-168, nos. 239-240, pp. 178-180 y n° 309, pp. 233-234; Polacco, *op. cit.*, T. I, pp. 495-499; De Page, *op. cit.*, T. VIII-2, n° 1327, pp. 1423-1424; Castán Tobeñas, *op. cit.*, T. VI, Vol., II, pp. 359-362; etc.

6 *Diccionario de Derecho Privado*, dirigido por I. de Casso y Romero y F. Cervera y Jiménez-Alfaro, Labor, Barcelona, 1950, voz "*Albacea*", T. I, p. 300.
En los países de Derecho anglosajón, el albacea (si se trata de sucesión testada) o el administrador (si se trata de sucesión intestada), no sólo es una figura legalmente indispensable, sino que –además– sus funciones son amplísimas: es el representante legal de la herencia y, por otra parte, le corresponde administrarla; satisface el pasivo hereditario y los gastos del sepelio del causante; paga los legados y distribuye el patrimonio hereditario entre los herederos del *de cujus*, en base a las disposiciones testamentarias de éste o de la ley (al respecto, *cfr.:* R. Rubinstein, *Iniciación al Derecho Inglés,* trad. E. Jardí, Bosch, Barcelona, 1956, pp. 298-302; R.L. Mennell, *Wills and Trusts*, West Publishing Co., St. Paul, 1979, pp. 174-176; etc.).

7 Tal ha sido el criterio tradicional de la doctrina y de la jurisprudencia patrias. Al respecto, *cfr.:* Sanojo, *op. cit.,* T. II, n° 343, p. 303; Dominici, *op. cit.,* T. II, p. 235; Ramírez, *op. cit.,* T. II, p. 277.- *Inst.*: JTR, Vol. III, pp. 159 y 161.

ellos –a su vez– son los continuadores del causante y las personas a cuyo cargo estaría el cumplimiento de los legados y cargas de la herencia, de no haberse designado un ejecutor; pero también ha resultado complicado defender esa posición, puesto que el testamentario no actúa en realidad por los herederos y en beneficio de ellos, sino más bien en su contra (precisamente porque, en términos generales, se trata de que el *de cujus* desconfía de sus sucesores universales). De ahí que otros autores se pronuncien en el sentido de que los mandantes del albacea son los legatarios; sin embargo, al respecto cabe argumentar que los sucesores particulares no han nombrado al albacea, de ahí que parezca muy cuesta arriba considerar que éste los representa y, además, que el testador puede designar albacea aunque no haya nombrado legatarios, por lo cual resulta absurdo sostener que el ejecutor representa a alguien que no siempre existe. Un último grupo afirma que el albacea simplemente representa la herencia, es decir, al caudal relicto, abstracción hecha de sus titulares; tal criterio, empero, se basa en la suposición de que el patrimonio hereditario tiene de por sí personalidad jurídica –para poder ser sujeto pasivo de representación– lo cual carece de toda base y fundamento, en sistemas legales como el venezolano.

Un sector más moderno de la doctrina, por su parte, estima que el albaceazgo nada tiene que ver con el mandato, sino que se trata de un cargo o de una función de índole privada, que se gobierna exclusivamente por las disposiciones del testador y por las de la ley[8].

Cuando menos a primera vista, parecería que el albacea, efectivamente, es una especie de mandatario póstumo del causante, encargado por él de cumplir o de velar por el cumplimiento de los legados y demás cargas establecidas en el testamento; pero, en todo caso, se trataría de un mandato con características y rasgos muy peculiares y sustancialmente diferentes de los del mandato ordinario.

En efecto:

i) El mandato es un *contrato* y, por ende, un negocio jurídico bilateral; en cambio, el nombramiento de albacea es un *acto unilateral* del causante, perfecto en sí mismo; y la aceptación por parte del ejecutor designado, es también otro acto unilateral y completo de por sí.

ii) El mandato, como dijimos poco antes, *se extingue con la muerte del mandante* (ord. 3° del art. 1.704 CC); por el contrario, el albaceazgo sería un mandato *póstumo*:

---

8 Dicha última corriente ha sido acogida por el CC italiano de 1942 (art. 700 y sigs.).
En relación con las distintas tendencias doctrinarias sobre la naturaleza del albaceazgo, que acabamos de resumir, *cfr.:* Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. VIII, nº 171, pp. 449-456; Ricci, *op. cit.*, T. VIII, nº 445, pp. 707-709; De Ruggiero, *op. cit.*, T. II, Vol. II, pp. 519-520; Polacco, *op. cit.*, T. I, pp. 500-505; Messineo, *op. cit.*, T. VII, nº 188, 5 bis, pp. 189-190; Planiol & Ripert, *op. cit.*, T. V, nº 676, pp. 727-728; De Page, *op. cit.*, T. VIII-2, nos. 1330-1332, pp. 1427-1429; Castán y Tobeñas, *op. cit.*, T. VI, Vol. II, pp. 365-370; T. Kipp, *Derecho de Sucesiones,* trad. R.M. Roca S., Bosch, Barcelona, 1951, T. II (T. V, Vol. II del *Tratado de Derecho Civil* de L. Enneccerus, T. Kipp y M. Wolff), nº 116, pp. 213-215; etc.

establecido para que sea eficaz y se cumpla, precisamente después de fallecido el mandante y no en vida de éste[9].

iii) El mandatario puede ser un incapaz (art. 1.690 CC); pero únicamente se puede designar albacea a la persona que tiene *capacidad para obligarse* (arts. 968-969 CC).

iv) El mandato es esencialmente *revocable* por voluntad del mandante (art. 1.706 CC). El nombramiento del ejecutor testamentario, por su parte, también puede ser revocado por el *de cujus*, mientras él viva (art. 990 y sigs. CC); pero una vez que fallece, los herederos *no tienen la facultad de hacerlo*, ya que de lo contrario el albaceazgo carecería de toda utilidad práctica.

v) El mandatario rinde cuentas de su gestión, a su *mandante* (art. 1.694 CC); el albacea, por su parte, debe rendir cuentas a los *herederos.*

vi) El mandatario, en principio, *puede sustituir su mandato* en otra persona (art. 1.695 CC); al albacea, por regla general, *no le es dado hacerlo* (art. 982 CC).

vii) Cuando existen varios mandatarios de un mismo mandante, ellos *no responden solidariamente* de su gestión (art. 1.223 CC); en cambio, si existen varios albaceas, todos ellos –en principio– *deben responder de manera solidaria* (art. 981 CC).

viii) En el ejercicio de sus funciones, el mandatario actúa *en nombre de su mandante* y como apoderado de éste (art. 1.684 CC); el albacea, por el contrario, actúa *en su propio nombre* y no como apoderado de otra persona.

Todo lo anteriormente expuesto, nos inclina a pensar que –al menos en nuestra legislación– la naturaleza jurídica del albaceazgo, *es compleja*: tiene ciertos rasgos de un *mandato sui géneris* –lo cual obliga a aplicarle, por analogía y con carácter supletorio, las reglas legales concernientes a ese contrato, siempre que no colidan con las especiales de la ejecutoría testamentaria– pero también es, incuestionablemente, un *cargo o función de índole privada*, que trasciende de la simple procuración.

## 74. Caracteres del albaceazgo

El cargo de ejecutor testamentario, tiene los siguientes caracteres: es de origen testamentario, es voluntario, es personalísimo, es temporal y, en principio, es gratuito.

1. *Es de origen testamentario*: El nombramiento de uno o más albaceas, es una disposición de última voluntad, porque sólo ha de surtir efectos después de la muerte

---

9 Esta peculiaridad de la ejecutoría testamentaria, se explica fácilmente: así como la ley autoriza al *de cujus* a disponer de sus bienes mediante acto que sólo será efectivo después de su muerte, también le permite nombrar vigilantes o contralores del cumplimiento de esa última voluntad suya.
Conviene, en todo caso, recordar que existen legislaciones en las que la muerte del mandante no determina necesariamente la extinción del mandato; así: CC alemán (art. 672); Código de Obligaciones suizo (art. 405); etc.

de la persona que lo efectúa; de ahí que únicamente pueda hacerse de manera válida, mediante testamento (*supra*, nº 25, 8): así resulta del texto del art. 967 CC (cuando indica que el *testador* puede nombrar albacea) y, por lo demás, existe al respecto absoluta unanimidad en la doctrina[10]. De ello también se colige que en nuestro sistema legal, nadie –salvo el propio causante– puede nombrar albacea; ni siquiera la autoridad judicial. Lo dicho sólo sufre una excepción: como veremos poco más adelante, el ejecutor testamentario puede delegar sus funciones en tercera persona, cuando así lo ha autorizado el testador de manera expresa.

En todo caso, el albaceazgo sólo puede tener verdadera base y sentido cuando se trata, al menos parcialmente, de sucesión testamentaria.

Como anteriormente señalamos (*supra,* nº 73), para que el nombramiento de albacea sea eficaz, debe recaer sobre una persona capaz (art. 968 CC): el incapaz (menor, entredicho o inhabilitado) no puede ser ejecutor testamentario, ni aun con la autorización de su representante legal (art. 969 CC). La diferencia que en ese sentido existe entre el albacea y el mandatario propiamente dicho, que sí puede ser un incapaz (art. 1.690 CC), se explica en razón de que las consecuencias dañinas de la designación, como mandatario, de una persona que carece de capacidad, sólo las sufre el mandante que hace ese nombramiento; pero en cambio, cuando se trata de albacea, pueden resultar perjudicados el heredero o los mismos legatarios, que nada tuvieron que ver con su escogencia.

Fuera de ello, no existen otras limitaciones en cuanto a la designación del albacea: al efecto, el testador puede nombrar tanto a personas naturales, como a personas jurídicas (en este último caso, el albaceazgo lo ejerce la persona moral en cuestión, a través de sus respectivos órganos); y si bien es cierto que lo normal es que el albacea sea un tercero no instituido por el testador como heredero ni como legatario, nada impide que el causante nombre al efecto a una persona que además sea su sucesor universal o particular.

Por último, la ley autoriza al causante a designar uno o varios ejecutores testamentarios (art. 967 CC).

En caso de que existan varios albaceas, cada uno de ellos se debe considerar autorizado para cumplir por sí sólo las facultades que el testador haya dado a todos, así como las prevista en la ley; salvo que el propio causante hubiera dispuesto otra cosa, o que haya dividido entre los varios albaceas las distintas funciones del albaceazgo: en esta última hipótesis, es evidente que cada albacea sólo fue nombrado para llevar a cabo exclusivamente las funciones que se le asignaron (art. 981 CC).

---

10 Al respecto, *cfr.*: Pacifici-Mazzoni, *op. cit.,* T. VIII, nº 172, p. 456; Ricci, *op. cit.,* T. VIII, nº 446, p. 709; Polacco, *op. cit.,* T. I, p. 506; Planiol & Ripert, *op. cit.,* T. V, nº 678, p. 730; De Page, *op. cit.,* T. VIII-2, nº 1337, pp. 1437-1438; Castán y Tobeñas, *op. cit.,* T. VI, Vol. II, p. 372; Sanojo, *op. cit.,* T. II, nº 343, p. 303; Dominici, *op. cit.,* T. II, pp. 235-236; etc.

Una vez nombrado el albacea, la revocación o cualquier otra modificación de la designación, que el testador desée hacer, igualmente tiene que constar en un testamento.

2. *Es voluntario*: Ello significa que el albaceazgo no es de obligatoria aceptación, para la persona nombrada al efecto por el testador. Empero, una vez aceptado, adquiere carácter obligatorio y, por consiguiente, no es renunciable (art. 983 CC). Esto confirma lo que antes dijimos, en el sentido de que la ejecutoría testamentaria no es simplemente un mandato de naturaleza especial, sino que, además, es realmente un cargo o función de índole privada.

La aceptación del cargo de albacea debe llevarse a cabo ante un juez de primera instancia competente para conocer materias de Familia, con jurisdicción en el lugar de apertura de la sucesión del testador.

En caso de que el albacea tarde en aceptar o en rechazar dicho cargo, cualquier interesado puede solicitar de la aludida autoridad judicial, que fije un término razonable para que aquél comparezca a manifestar por cual de dichas alternativas opta; y si el testamentario no concurre dentro de ese plazo, el juez puede declarar caducado su nombramiento (art. 970 CC).

A pesar de que al albacea no le es dado renunciar libremente al cargo, luego de haberlo aceptado, la ley admite que la correspondiente autoridad judicial lo excuse de continuar ejerciéndolo, siempre que al prudente juicio de la misma, existan motivos que así lo recomienden (art. 983 CC). Desde luego, el juez no puede actuar al respecto de oficio, sino a solicitud de parte interesada y con conocimiento de causa, razones por las cuales debe requerir las pruebas que estime necesarias (ap. del art. 11 CPC).

La declaración judicial de caducidad del albaceazgo o de la excusa de continuar ejerciéndolo, no afecta a los demás ejecutores designados por el testador, que hayan aceptado el cargo o que deséen hacerlo. Si sólo existe el albacea excusado de continuar ejerciendo el cargo o cuya designación se declara caducada, o si existen otros, pero ninguno de ellos aceptó el nombramiento, entonces la ejecución de los legados y demás cargas establecidos en el testamento, que estuvieren pendientes de cumplimiento, corresponde directamente a los herederos de la persona fallecida, tal como si ésta no hubiere nombrado ejecutor alguno (*supra*, nº 72).

3. *Es personalísimo*: Los viejos autores calificaban al albaceazgo como "un simple oficio de amigo"[11]. Ello explica, conforme indicamos poco antes, que sólo el causante puede nombrar ejecutor testamentario; y, así mismo, obliga a concluir que de fallecer dicho testamentario, el cargo de extingue y no pasa a sus herederos.

---

11 Pothier, *op. cit.* (*Donations Testamentaires*), Chap. V, Sect. I, Art. I.

Del carácter personalísimo del albaceazgo se deduce igualmente que dicho cargo no es susceptible de delegación o de sustitución, *a menos que el testador lo hubiere autorizado expresamente* (art. 982 CC).

Pero lo antes dicho no impide al albacea, en forma alguna, utilizar los servicios auxiliares de terceras personas –tales como peritos avaluadores, contadores, administradores de bienes, abogados, etc.– a los efectos de llevar a cabo adecuadamente sus funciones.

4. *Es temporal:* Sabemos que la finalidad de la ejecutoría testamentaria es el cumplimiento o la vigilancia del cumplimiento de los legados y otras cargas testamentarias (*supra*, nº 72); por otra parte, es de suponerse que tanto los herederos, como los legatarios y cualesquiera otros derechohabientes, tienen interés en que la ejecución o el cumplimiento de tales obligaciones y mandas se lleve a cabo con cierta celeridad. Lo dicho basta para entender que el cargo y la función del albacea no son de carácter permanente, sino esencialmente temporales. Más aún, el legislador considera que, al menos hasta cierto punto, el ejecutor es un tercero que se inmiscuye en asuntos propios del heredero, razón por la cual, además, aspira a que tal situación anómala termine lo más pronto que sea posible.

En ese sentido, dispone el art. 978 CC que el albacea tiene que cumplir su encargo dentro del término que al efecto haya establecido el testador y que si no existe tal fijación, debe hacerlo en el curso de un año, contado desde la fecha de la apertura de la sucesión[12]. En el último caso aludido, la misma norma legal autoriza al juez a prorrogar el plazo, según las circunstancias, a solicitud del albacea o de cualquier heredero; pero no así cuando el término lo ha fijado el causante, ya que entonces debe considerarse que el ejecutor únicamente fue designado para actuar dentro del mismo y –como ya hemos dicho– nadie tiene facultad para nombrar albacea en defecto del *de cujus*, a lo cual equivaldría, al menos parcialmente, aumentar el plazo que el testador haya establecido[13].

---

12 Sanojo (*op. cit.*, T. II, nº 348, pp. 307), considera perfectamente válido que el testador establezca para el cumplimiento de la misión del albacea, un plazo indeterminado (*v.gr.:* "todo el que necesite para el desempeño de su cargo"); Dominici (*op. cit.*, T. II, p. 247), por su parte, no se refiere a ese caso, pero sí admite que el heredero "puede oponerse al plazo concedido por el testador, si excede del necesario para que el albacea cumpla su encargo y reclamar en todo caso contra la morosidad de éste". Nos parece aceptable la tesis de Sanojo e igualmente respaldamos, con Dominici, el derecho del heredero de reclamar contra la tardanza del albacea en el cumplimiento de sus obligaciones; pero –contra el criterio de Sanojo– estimamos que el sucesor universal no tiene facultad alguna para impugnar el plazo que el *de cujus* haya concedido a su testamentario (ni en realidad puede tener interés legítimo en ello, toda vez que, de acuerdo con la previsión de los arts. 979-980 CC, el albaceazgo debe terminar al concluir el ejecutor las funciones que se le encomendaron, aunque el término fijado para ello no esté todavía vencido: *infra*, nº 76, 6).

13 El plazo de un año, contado desde la fecha de la muerte del testador, que fija el art. 978 CC para que el albacea cumpla su cometido, en caso de que el causante no haya establecido un término al respecto, es en la actualidad absolutamente irreal, al menos en la generalidad de los casos. En

El art. 980 CC, que también se refiere a la prórroga del término de un año que tiene el albacea para llevar a cabo su encargo, cuando el testador no le ha fijado plazo al respecto, contiene una norma bastante mal redactada, cuyo alcance conviene precisar. El texto de la aludida previsión, es el siguiente: "No es motivo para la prolongación del plazo ni para que continúe el albaceazgo, la existencia de legados o de fideicomisos cuyo día o condición esté pendiente, a menos que el testador haya dado expresamente al albacea la tenencia de las respectivas especies, o la parte de bienes destinada a cumplirlos, caso en el cual se limita el albaceazgo a esta sola tenencia. Lo dicho se extiende a las deudas cuyo pago se ha encomendado al albacea, cuyo día, condición y liquidación, estén pendientes; y sin perjuicio de los derechos conferidos a los herederos en los artículos precedentes".

Dicha regla, que es tradicional en la legislación venezolana[14] y que ella tomó del CC chileno de Andrés Bello (art. 1.308), quiere simplemente decir que la autoridad judicial no puede prorrogar dicho plazo de un año, fijado por el art. 978 CC –ni tampoco puede continuar el albaceazgo– por el simple motivo de que existan: i) legados o sustituciones fideicomisarias, cuyo término inicial o condición suspensiva esté aún pendiente de vencimiento o de cumplimiento, según el caso, a menos que el testador haya otorgado expresamente al albacea la tenencia de los bienes destinados al cumplimiento de las mismas[15]; o ii) deudas cuyo pago se haya encomendado al albacea, respecto de las cuales estuviere todavía pendiente el plazo de su cumplimiento, la condición suspensiva a que estuvieren sujetas, o su liquidación[16].

En efecto, si hay legados sometidos a término inicial o a condición suspensiva, el legislador estima que los derechos del beneficiario de tales instituciones están suficientemente protegidos –aunque no haya albacea– con la *cautio bonorum*, que el legatario

---

efecto, si partimos de la base de que para poder satisfacer los legados, es preciso haber pagado previamente el correspondiente impuesto sucesoral (salvo que hubiere autorización especial del Ministerio de Finanzas para proceder de otra manera: art. 52 LIS); y si tomamos en cuenta que normalmente el tiempo que toma la preparación de la declaración de la herencia, a los fines fiscales y la liquidación y pago del impuesto, suele ser de más o menos un año; resulta entonces claro que, casi siempre, será necesario solicitar de la autoridad judicial una prórroga razonable del plazo de que dispone el albacea para cumplir su misión.

14 Art. 38, Ley I, Título IV, Libro III del CC de 1862; art. 852 CC de 1873; art. 858 CC de 1880; art. 879 CC de 1896; art. 885 CC de 1904; art. 971 CC de 1916 y de 1922.- La norma no existía en el CC de 1867.

15 Esta última frase (otorgamiento de la tenencia de los bienes, al albacea) sólo puede referirse a legados instituidos a término inicial o bajo condición suspensiva, pero no a las instituciones de sustitutos fideicomisarios, a título universal o a título particular, puesto que en tales casos la tenencia de los bienes, por hipótesis, tiene que corresponder al primer instituido.

16 La norma legal dice: "... cuyo día, condición y liquidación, estén pendientes". Pero es evidente que la misma no puede aplicarse literalmente, pues sería absurdo que el legislador hubiera querido referirse únicamente a las deudas que –simultáneamente– aún no hubieran vencido, estuvieran sometidas a condición suspensiva y, además, no fuesen líquidas. De manera que resulta claro que la copulativa *y* allí utilizada, tiene más bien el significado de la disyuntiva *o*.

puede exigir al heredero, de acuerdo con la previsión del art. 921 CC (*supra*, nos. 58, B y 67), por lo que no se justifica prorrogar el plazo de duración del albaceazgo (o la continuación de éste). Y algo similar cabe decir respecto del sustituto fideicomisario, pues como anteriormente hemos visto, en ese tipo de sustituciones son aplicables por analogía al primer instituido, las normas correspondientes a las obligaciones del usufructuario (*supra*, nº 69B), entre las cuales está la de tener que prestar caución de hacer uso de sus derecho como un buen padre de familia (art. 602 CC)[17].

Ahora bien, ese principio sufre excepción cuando el testador ha otorgado al albacea la tenencia o posesión material (*saisine*) de los bienes objeto del legado instituido a término inicial o bajo condición suspensiva, ya que en ese supuesto es clara la intención del causante en el sentido de que no desea que tal tenencia o posesión material pase al heredero. Pero en dicho caso, la prórroga (o la continuación) del albaceazgo, se limita exclusivamente a la tenencia o posesión de tales bienes, a fin de entregarlos en el momento oportuno al legatario instituido.

Por lo que concierne a las deudas de la herencia cuyo pago ha encomendado el testador a su albacea, pero que éste no ha podido efecutar –por no haber vencido el plazo respectivo, o por estar pendiente de cumplimiento alguna condición suspensiva que la afecte, o porque todavía no hayan sido liquidadas– se aplican las mismas reglas atinentes a los legados, que acabamos de reseñar: dicha situación no puede constituir motivo para que se autorice la prórroga del término del albaceazgo, a menos que el testador haya conferido al ejecutor la tenencia de las especies necesarias para efectuar los respectivos pagos, caso éste en el cual la prórroga en cuestión se limita a sólo esa posesión material; la cual puede incluso hacer cesar el heredero pagando directamente a los correspondientes acreedores, o consignando el dinero necesario para dichos pagos, o asegurando éstos en el modo y tiempo ordenados por el testador (a menos, en el último caso, que el testador haya dispuesto lo contrario): todo de acuerdo con lo establecido por el art. 972 CC, al cual remite el ap. del art. 980 *ejusdem*.

5. *En principio, es gratuito*: Así lo dispone el art. 983 CC, en base a que, como ya dijimos, la ejecutoría testamentaria es "oficio de amigo". Pero el testador puede prever en su testamento alguna remuneración para el albacea, caso en el cual éste tiene derecho a ella una vez que le hayan sido aprobadas las cuentas de su gestión.

Si el testador dispuso de algún legado u otra remuneración, *conjuntamente* para los varios albaceas que designa, la parte de los que no acepten el cargo no queda en beneficio de la herencia, sino que acrece la de los que sí lo hagan (art. 984 CC). Pero, *a contrario sensu*, si habiendo varios albaceas, el testador fija *separadamente* la remuneración de cada uno de ellos, no hay lugar al antes mencionado acrecimiento,

17 Cuando se trata de sustitución fideicomisaria en una institución a título particular, conviene también tener en cuenta que, por cuanto la misma equivale a la institución de un legado a término inicial (*supra*, nº 69-B), el sustituto fideicomisario podría además aprovecharse de la disposición del art. 921 CC, que le permite exigir al heredero la *cautio bonorum*.

en lo tocante a la remuneración que hubiera correspondido a los designados que no aceptan el albaceazgo (a menos que el testador disponga otra cosa).

En todo caso, el albacea tiene derecho de cobrar a la herencia el reintegro de todos los gastos en que hubiere incurrido en el desempeño de sus funciones; tales como los de inventario, los de rendición de cuentas y los otros de carácter indispensable, que haya tenido que sufragar con motivo de su gestión (art. 985 CC).

## 75. FUNCIONES DEL ALBACEA

Indica el art. 971 CC, que "las atribuciones del albacea serán las que designe el testador con arreglo a las leyes"; y a su vez, el art. 973 *ejusdem* asigna una serie de facultades al testamentario, "además de las que designe el testador". Dichas normas, que son tradicionales en nuestra legislación civil[18], eliminan por completo la discusión doctrinaria que existe o ha existido en otros países, sobre si el causante puede o no dar al albacea facultades adicionales a las que la ley señala[19].

De manera, pues, que si bien la función básica y fundamental del albacea es velar por el cumplimiento de todas las disposiciones testamentarias, particularmente de los legados y de las otras cargas dispuestos por el causante, éste perfectamente puede restringir o regular dicha función y también conferir al testamentario atribuciones adicionales, siempre y cuando las mismas no contradigan preceptos legales de orden público.

Como ejemplos de restricciones o regulaciones que el causante puede hacer, respecto de la misión del testamentario de velar por el cumplimiento de los legados y cargas que se establecen en el acto de última voluntad, podríamos mencionar los siguientes: que el albacea designado sólo deba vigilar la ejecución de ciertos y determinados legados o cargas, pero sin inmiscuirse en forma alguna en lo relativo al cumplimiento de los demás; o que la vigilancia del ejecutor, en relación con el cumplimiento de los legados por parte del heredero, se limite a la notificación por él a cada legatario de la institución que lo favorece; o que simplemente fije como atribuciones del albacea, algunas de las que figuran en el art. 973 CC, aclarando que no podrá ejercer las restantes que aparecen en dicha norma; etc., etc.

---

18 Arts. 962 y 964 CC de 1922 y de 1916; arts. 876 y 878 CC de 1904; arts. 870 y 872 CC de 1896; arts. 849 y 851 CC de 1880; arts. 843 y 845 CC de 1873; arts. 672 y 673 CC de 1867.

19 Las aludidas discusiones se han planteado, por ejemplos, en Bélgica (al respecto, *cfr.*, entre otros: De Page, *op. cit.*, T. VIII-2, nº 1350, pp. 1446-1450) y en Italia, antes de la promulgación del CC de 1942 (al respecto, *cfr.*, entre otros: Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. VIII, nos. 180 y 181, pp. 465-471). No así en Francia, ya que si bien el CC no es terminante sobre el particular, la jurisprudencia ha sido categórica y constante en el sentido de que el testador puede extender las facultades que la ley asigna al albacea (al respecto, *cfr.*: Planiol & Ripert, *op. cit.*, T. V, nº 691, pp. 747-748).
La normativa española sobre esa materia (arts. 901 y 902 CC), es similar a la venezolana, de manera que tampoco ha dado lugar a los aludidos problemas interpretativos.

Por otra parte, entre las ampliaciones por voluntad del causante, de las facultades legales del ejecutor testamentario, que son más comunes en nuestro medio, cabe señalar: que se encargue al albacea cumplir él directamente las mandas, cargas y obligaciones (y no limitar sus funciones a la simple vigilancia del cumplimiento de las mismas por el heredero)[20]; que se ordene al testamentario la formación del inventario del patrimonio hereditario[21]; que se disponga que el albacea lleve a cabo la preparación y la presentación de la correspondiente declaración de la herencia a los fines de la liquidación y pago del impuesto sucesoral[22]; que se le dé la facultad de actuar, además, como partidor de la herencia (siempre que él no sea, al mismo tiempo, uno de los herederos) (art. 1.066 CC)[23]. Pero, desde luego, la variedad de las facultades adicionales que puede dar el *de cujus* al albacea, es prácticamente ilimitada.

Empero, entre las atribuciones que el testador no puede dar a su albacea, porque contradicen preceptos de orden público, conviene destacar las que significan cargas o condiciones impuestas a la legítima que corresponde a los herederos legitimarios; las que contradicen la finalidad misma de la institución del albaceazgo; y las que implican desconocimiento de la capacidad de los herederos o legatarios, que gozan de ella.

Como sabemos, la legítima no puede someterse a carga o condición alguna (ap. del art. 883 CC: *supra*, nº 46, 3). Es por ello que el testador no puede autorizar válidamente al albacea para que se apodere o asuma la tenencia y posesión material (*saisine*) de los bienes de la herencia, cuando hay herederos forzosos (primer ap. del art. 971 CC) (*infra*, nº 75-B).

Sería contrario a la finalidad del albaceazgo, que el testador facultara al ejecutor para que continúe en el ejercicio de su cargo, durante todo el término establecido al efecto por el testamento o por la ley, aunque ya se hubieran satisfecho todos los legados y cargas dispuestos por el testador, toda vez que en tales supuestos, el art.

---

20 Sin embargo, como aclararemos poco más adelante, para que el albacea pueda ejercer realmente esta facultad, tendría –además– que haber sido autorizado para apoderarse de los bienes hereditarios (lo cual no siempre es factible: *infra*, nº 75-B); y, por otra parte, dicho ejecutor, si no desea incurrir en responsabilidad, tendría también que actuar al respecto de acuerdo con el heredero.

21 Como también veremos poco más adelante, la referida atribución dada al albacea, está igualmente sometida a limitaciones legales.

22 En todo caso, la circunstancia de que el testador haya autorizado al albacea a preparar la declaración de su herencia, no obliga a los sucesores a aceptarla tal como la haya preparado el ejecutor, si no están de acuerdo con la misma; ni tampoco afecta el derecho de cada heredero o legatario, de preparar por su cuenta y presentar dicha declaración, si así lo desea; ya que el gravamen fiscal recae sobre ellos y no sobre el albacea.

23 Cabe observar que si todos los herederos son capaces, ellos pueden perfectamente acordar por unanimidad, el nombramiento de un partidor diferente del indicado por el testador –si éste hubiere hecho tal designación– y tal acuerdo, al menos en principio, es absolutamente válido y predominante sobre la voluntad del causante (*infra*, nº 139).

979 CC autoriza al heredero, con toda razón, a exigir la terminación de la ejecutoría testamentaria (*infra*, n° 76, 6).

Si todos los herederos son capaces, no es dado al causante ordenar al albacea que forme inventario solemne del patrimonio hereditario, aun contra la voluntad de dichos sucesores, pues el legislador venezolano estima que tal facultad sería atentatoria contra la plena capacidad de que –por hipótesis– gozan los herederos, razón por la cual es a éstos a quienes corresponde decidir si la herencia debe o no ser inventariada (arts. 975-976 CC)[24]. Más adelante insistiremos en este tema (*infra*, n° 75-A, 6).

Cabe preguntar si el testador puede facultar al albacea a representar judicial o extrajudicialmente a su sucesión, pero la respuesta tiene que ser negativa, a pesar de que cierta jurisprudencia de instancia parece indicar lo contrario[25]. En efecto, cuando son varios los instituidos, la sucesión es una simple comunidad que, por carecer de personalidad, no puede ser sujeto pasivo de representación; de otro lado, si el heredero es capaz, el causante no puede imponerle mandatario. Sin embargo, hay dos casos especiales en los que no se debe aplicar el mismo criterio.

En efecto, primeramente el ap. del art. 1.032 CC autoriza al sucesor que no ha aceptado todavía la herencia que le ha sido deferida, a representarla *en juicio* –como curador– en los procesos que se intenten contra la misma (sin que ello implique aceptación de la sucesión); posteriormente ampliaremos detalles al respecto (*infra*, n° 83). Es evidente, por eso, que el testador puede dar igual facultad al albacea –ya sea para que él la ejerza solo o bien para que lo haga conjuntamente con el heredero instituido– pero únicamente durante el período comprendido entre la fecha de la apertura de la sucesión y la de la aceptación de la herencia por el heredero (momento en el cual tendría que cesar la representación de la herencia por el albacea).

---

24 A nuestro juicio, las aludidas disposiciones legales no sólo carecen de justificación lógica, sino que –además– contradicen la misma finalidad del albaceazgo, que consiste en proteger a los legatarios de las irregularidades que puedan cometer los herederos y velar por el cumplimiento de las cargas establecidas por el causante. En efecto, para alcanzar tales objetivos, lo normal sería que el albacea iniciara su gestión con la formación del inventario de la herencia, independientemente de que el testador lo hubiese o no autorizado a ello de manera expresa: así, por lo demás, lo prevé la mayor parte de las legislaciones extranjeras (art. 1.031 CC belga; art. 902, 4ª, CC español; art. 1.031 CC francés; art. 908 CC italiano de 1865 y art. 705 CC italiano de 1942; etc.).- Dominici (*op. cit.*, T. II, p. 245), se ha dado perfecta cuenta de la incongruencia de las referidas disposiciones legales con los propósitos del instituto y, con la finalidad de atemperarla, afirma que los herederos sólo pueden oponerse a la formación del inventario ordenada por el testador al albacea, si al propio tiempo consignan dinero suficiente para el pago de las deudas de la herencia, de los legados y de las demás cargas impuestas por el *de cujus*, o si efectúan todos los pagos correspondientes, o si los aseguran debidamente. Empero, tales condicionamientos del derecho legal de los herederos capaces, a formular oposición a la formación del inventario, carecen de todo fundamento legal y, por ende, nos parecen insostenibles.

25 *Inst.*: JTR, Vol. VIII, pp. 370-372.- A su vez, la parte final del art. 47 del derogado CPC de 1916, decía: "La testamentaría podrá ser representada [en juicio] por el correspondiente albacea, en los casos establecidos por el Código Civil" (a pesar de que éste nada decía al respecto).

Por otra parte, cuando el heredero es un *incapaz*, el art. 311 CC permite al testador nombrarle curador especial para la administración de los bienes que le transmite, excepto cuando se trata de la legítima del instituido (*supra*, nº 46, 3); administración ésa que comprende la representación extrajudicial y judicial del incapaz, en todo lo relacionado con los bienes en cuestión. De manera que el testador, en dicho supuesto, puede otorgar las mismas facultades al albacea.

## 75-A. Atribuciones legales del albacea

La ley establece una serie de facultades al albacea, que –conforme acabamos de indicar– el testador puede ampliar o restringir. Tales atribuciones, así como las que adicionalmente decida otorgar el causante, podrán ejercerse con mayor o menor poder e intensidad, según que el testador haya o no autorizado el apoderamiento de los bienes hereditarios por parte del albacea (*saisine*) (*infra*, nº 75-B).

Las facultades que la ley confiere al albacea, son las que se indican a continuación.

1. *Disponer y pagar los funerales* del testador (art. 973, 1ª CC).

De acuerdo con la disposición legal que acabamos de citar, el albacea debe proceder al respecto, con arreglo a lo ordenado por el *de cujus* "y en defecto de tal disposición, según la costumbre del lugar y las facultades de la herencia". En consecuencia, en lo tocante a la disposición de dichos funerales, el ejecutor testamentario debe atenerse, primeramente, a lo que al efecto haya ordenado el propio causante; y, a falta de previsiones sobre el particular, debe proceder de acuerdo con las costumbres imperantes en el sitio donde los mismos deban efectuarse y tomando además en cuenta la cuantía del patrimonio hereditario[26].

Sin embargo, con frecuencia no le será posible o necesario al albacea ejercer la atribución en referencia, por variados motivos. En efecto, para que pueda hacerlo, tendría que saber –primeramente– que el causante lo ha designado como su testamentario, lo cual muchas veces sólo sucede después de que los funerales del *de cujus* han tenido lugar. Por otra parte, aunque para la fecha de la apertura de la sucesión el albacea designado esté en cuenta de su nombramiento, él no tendría obligación de ejercer sus funciones, mientras no hubiera aceptado formalmente dicho cargo, lo cual no es usual que se produzca dentro del breve lapso que transcurre entre el momento del deceso del testador y el de su inhumación o incineración[27]. Finalmente,

---

26 Esto último es lo que ha querido decir el legislador, en la norma que comentamos, al referirse a las "facultades" de la herencia: décima acepción de dicha palabra, de acuerdo con el *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia.

27 Recuérdese que el últ. ap. del art. 476 CC dispone: "La inhumación [de la persona fallecida] no se hará antes de las veinticuatro horas de ocurrir la defunción, salvo en los casos previstos por reglamentos especiales"; y que de acuerdo con lo ordenado por el art. 23 del Reglamento de Cementerios, Inhumaciones y Exhumaciones, la inhumación o la incineración de la persona que fallece, debe efectuarse entre las veinticuatro y las treintiseis horas siguientes a su defunción, a menos que por razones de peligro para la salud pública, las autoridades sanitarias ordenen hacerlo incluso antes de que transcurran dichas veinticuatro horas.

si el testador ha dejado familiares más o menos cercanos, no es raro que ellos decidan ocuparse directamente de los funerales del *de cujus* y se opongan –de hecho– a que el albacea se inmiscuya en tales asuntos, por considerarlos de carácter íntimo.

Por lo demás, el albacea no tiene la obligación de satisfacer con su peculio los gastos de los funerales del testador; pero si lo hiciere, es obvio que los mismos deben serle reintegrados por los herederos de éste. Lo que acabamos de decir resulta corroborado por el art. 974 CC, al disponer que cuando en la herencia no hubiere dinero suficiente para el pago de los funerales del causante y los herederos no lo suplen, el ejecutor puede solicitar autorización judicial para proceder a la venta de bienes hereditarios, muebles o inmuebles, previa notificación a los herederos, a los fines de obtener el efectivo necesario a tal efecto.

Y por otra parte, los sucesores universales pueden legítimamente objetar el monto de los referidos gastos funerarios, cuando las exequias dispuestas por el albacea exceden de las respectivas ordenaciones del *de cujus* o en defecto de éstas, de los usos y costumbres locales, o no guardan proporción con el monto del patrimonio hereditario.

2. El albacea, además, *paga los legados que consistan en cantidades de dinero*, haciéndolo saber al heredero y no contradiciéndolo éste (art. 973, 2ª CC)[28].

Aunque el legislador no sea explícito al respecto, es obvio que –al menos en principio– la indicada facultad del albacea, únicamente puede ser ejercida por él cuando ha sido autorizado por el testador para apoderarse de los bienes hereditarios, ya que de lo contrario no tendría su tenencia material y, por ende, mal podría pagar legados con ellos[29].

Estimamos, sin embargo, que aunque el *de cujus* no haya autorizado al albacea para apoderarse de los bienes de la herencia, dicho ejecutor podría también proceder al pago de los legados en dinero en efectivo, si así lo desea y si el testador no se lo ha prohibido, utilizando al efecto su propio peculio; y de hacerlo, las cantidades que haya sufragado deben serle reintegradas por el sucesor universal.

El art. 974 CC, anteriormente citado, faculta al albacea para solicitar autorización judicial con el fin de proceder a la venta de bienes, muebles o inmuebles, del patrimonio hereditario, para recabar el dinero necesario para el pago de los legados en efectivo, si en el activo de la herencia no existe suficiente numerario y los herederos no lo suministran; para lo cual debe notificar previamente a éstos últimos.

Pero en caso alguno puede el albacea pagar los legados sin haber notificado previamente al heredero su intención de hacerlo, ni tampoco cuando dicho heredero

28 Llama la atención que el legislador venezolano sólo se haya referido en la disposición que comentamos, a legados de cantidades de dinero y no a todo tipo de legados, en general.

29 En el mismo sentido, *cfr.*: Dominici, *op. cit.*, T. II, p. 242.

se opone a tales pagos: lo que acabamos de decir, por lo demás, se aplica tanto a la hipótesis de legados de dinero en efectivo, como también al supuesto de cualquier otro tipo de legados (si el ejecutor se encuentra en posesión de los bienes de la herencia y ha sido facultado por el causante para cumplir directamente las mandas instituidas). La razón de ello se explica a continuación.

En términos generales, no corresponde al ejecutor testamentario el pago de los legados, ni siquiera cuando tiene la posesión material de los bienes hereditarios (*saisine*), ya que ésa es una función y una obligación del heredero, al menos en principio (arts. 932 y 933 CC) (*supra*, nº 65).

En efecto, como acabamos de indicar, si el albacea no tiene la posesión material de los bienes hereditarios, le resulta imposible –de hecho– proceder al pago o a la entrega de los legados, ya que no están en su poder. Y en caso de tener tal posesión, tampoco puede llevar a cabo dicho pago o entrega de manera inconsulta –ni siquiera cuando el testamento lo faculta, al menos aparentemente, para ello– ya que siempre corresponde al heredero y no al ejecutor, determinar si realmente se debe el legado a la persona que lo reclama.

De lo dicho podemos colegir otra consecuencia: aunque el causante haya designado albacea, la acción personal que corresponde al legatario para exigir la entrega de la cosa legada (*supra*, nº 67), debe ser siempre propuesta contra el heredero o los herederos sobre quienes recaiga la obligación de pagar o de entregar el legado (o contra el legatario gravado con sublegado, si fuere el caso) (*supra*, nº 65). Desde luego, cuando el causante ha autorizado el apoderamiento de los bienes hereditarios por el ejecutor testamentario, la referida demanda del legatario puede también *incluir* como codemandado al albacea (y es conveniente que así se haga, para evitar cualquier eventual problema en la ejecución de la respectiva sentencia).

3. El ejecutor debe *vigilar o velar por el cumplimiento y la ejecución de todo lo ordenado* en el testamento del *de cujus* (art. 973, 3ª CC).

Reiteramos que es ésa la principal y fundamental función del ejecutor testamentario.

Por una parte el albacea tiene que velar por el cumplimiento y la ejecución de los legados, cargas y demás obligaciones establecidos en el testamento, toda vez que ello constituye la misma razón de ser del albaceazgo. Pero dada la amplitud de la norma legal en referencia, el ejecutor debe también vigilar el cabal cumplimiento de las instituciones universales hechas por el *de cujus*.

Cabe preguntar si la facultad del albacea para para vigilar o velar por el cumplimiento y la ejecución de las disposiciones del testador, lo autoriza para recurrir judicialmente contra el heredero o los herederos renuentes, a fin de que paguen o entreguen los bienes legados a sus respectivos titulares o de que den cabal cumplimiento a las otras cargas u obligaciones establecidas por el *de cujus*. Al respecto podemos establecer, como

reglas generales, las siguientes: A) la acción para exigir el cumplimiento del legado es personal, corresponde al legatario instituido y, por ende no puede ser ejercida por el ejecutor testamentario (*supra*, nº 67); y B) éste, en cambio, sí puede intentar contra el heredero las correspondientes acciones judiciales, a fin de que el último nombrado proceda a honrar las otras obligaciones que le hayan sido impuestas por el *de cujus*, en beneficio de él mismo o sin beneficiario aparente (*v.gr.:* la de construir un mausoleo en su tumba; la de ordenar determinado número de misas por el descanso de su alma; la de edificar una plaza en determinada población; etc.)[30].

*Mutatis mutandi*, cabe repetir lo antes dicho, respecto del papel del albacea en relación con las instituciones a título universal que figuren en el testamento: la función de dicho ejecutor se limita a velar extrajudicialmente por su cumplimiento, pero no puede interponer las correspondientes acciones de petición de herencia, ya que éstas son igualmente de carácter personal y únicamente corresponden a los herederos instituidos (*infra*, Capítulo XXII).

Para concluir creemos conveniente hacer notar que un sector de la doctrina italiana considera que por la misma naturaleza de su cargo, el albacea puede solicitar la separación de los patrimonios del *de cujus* y del heredero, ya que con ello se trata de asegurar el pago de los legados[31]. A nuestro entender, ello no es exacto.

En efecto, el art. 973 CC, que señala las atribuciones o facultades del albacea, no incluye la de solicitar dicha separación de patrimonios; y, por otra parte, el art. 1.049 *ejusdem*, al referirse a quiénes pueden solicitarla, sólo menciona a los acreedores del *de cujus* y a los legatarios: por consiguiente, la aludida tesis italiana, no parece tener base legal alguna. En cambio, a nuestro modo de ver, es perfectamente válido y posible, que el testador incluya, dentro de las funciones que asigne a su albacea, la de solicitar la separación de patrimonios en cuestión, en base a las previsiones de los arts. 971 y 973 CC, puesto que con ello no afecta en modo alguno disposiciones de orden público (*supra*, nº 75).

---

30 La doctrina es concorde sobre el particular. Al respecto, *cfr.*: Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. VIII, nº 192, p. 490; Ricci, *op.cit.*, T. VIII, nº 457, p. 731; De Page, *op. cit.*, T. VIII-2, nº 1335, pp. 1433-1434; Sanojo, *op. cit.*, T. II, nº 346, p. 306; etc.
Cabe observar que cuando se trata de instituciones modales, de las cuales resulta un provecho indirecto para un tercero específicamente determinado (*v.gr.*: "lego a NN un cuadro que mi heredero AA deberá encargar al pintor ZZ"), la acción para compeler al heredero (AA) a cumplir la obligación, no corresponde al ejecutor testamentario. Por otra parte, si la carga u obligación ha sido establecida en provecho del mismo heredero (o legatario), tampoco puede el albacea accionar contra dicho instituido, puesto que la negativa de éste a cumplir tal obligación, tendría que resolverse, en definitiva, en una indemnización de daños y perjuicios, en la que el acreedor y el deudor sería el mismo heredero (o legatario): a menos que el testador hubiera facultado específicamente al ejecutor para intentar la acción judicial en referencia y, además tuviese establecida, para esa hipótesis, una especie de claúsula penal a cargo del instituido y en favor de un tercero o del propio albacea.

31 En ese sentido, *cfr.*: Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. VIII, nº 192, pp. 490-491; Ricci, *op. cit.*, T. VIII, nº 457, pp. 731-732.

4. El albacea está facultado para *sostener la validez del testamento*, en juicio o fuera de él, si así lo considera justo (art. 973, 3ª CC).

Siendo así que la misión fundamental del ejecutor testamentario, es velar por el cumplimiento de lo ordenado por el *de cujus* en su acto de última voluntad, evidentemente tiene que tener también la atribución de defender la validez del testamento, puesto que de la eficacia de éste depende la posibilidad de su ejecución. Sin embargo, por razones obvias, el legislador no ha querido imponer a ultranza al albacea, la obligación de tal defensa, sino únicamente cuando ello sea justo o legítimo: la apreciación de dichas justicia y legitimidad, queda a criterio del propio ejecutor testamentario.

Conviene tener en cuenta que la aludida facultad del testamentario, se refiere, por una parte, al caso de que esté en juego la validez del testamento en sí, como acto o negocio; pero también comprende las situaciones en las que no se discute la validez formal del acto de última voluntad, sino la eficacia o la nulidad de determinada institución particular o universal del mismo, o de cualquier otra disposición allí contenida.

Compartimos la opinión de que el albacea conserva la facultad a que nos venimos refiriendo, aunque haya terminado el albaceazgo, sea porque se cumplió totalmente el objetivo del mismo o porque haya expirado el término concedido al efecto por el testador o por la ley, puesto que aun entonces sería posible cualquier ataque al testamento o a las disposiciones de él y es razonable y conveniente que el ex-albacea pueda entonces intervenir para defender y sostener la voluntad del causante, si lo considera justo[32].

5. Corresponde también al albacea, *pagar las deudas de la herencia*, si está en posesión de todos los bienes de la misma (art. 973, 4ª CC).

A dicha facultad del testamentario, débense aplicar, por razones de analogía, los mismos principios antes señalados para la atribución del albacea que figura en el art. 973, 2ª CC (pago de legados de sumas de dinero), que se resumen a continuación.

El albacea, aunque no esté apoderado de los bienes dejados por el testador, puede pagar con dinero de su peculio las deudas de la herencia (salvo que el causante lo haya prohibido) y, en ese supuesto, tiene el derecho de reclamar al heredero el correspondiente reintegro. Si no hay dinero en la herencia y el heredero no lo suministra, el ejecutor puede solicitar autorización judicial para la venta de otros bienes muebles o inmuebles del patrimonio del *de cujus*, previa notificación del sucesor universal, a fin de poder satisfacer a los acreedores en cuestión (art. 974 CC). Empero, el albacea no debe pagar las deudas de la herencia, aunque tenga la posesión de los bienes de

32 Al respecto, *cfr.*: Dominici, *op. cit.*, T. II, p. 243.- Sin embargo, estimamos poco probable la intervención del albacea en tales hipótesis, ya que para entonces normalmente habrá rendido las cuentas de su gestión y correría el riesgo de que los herederos –con o sin razón– le desconocieran su derecho a obtener el reintegro de los gastos que le ocasione tal defensa del testamento, particularmente si no resulta exitosa.

ésta, sin haberlo notificado previamente al heredero o contra la voluntad de éste, pues de lo contrario se expone a que tales pagos le sean desconocidos, si el sucesor universal estima que no eran legalmente procedentes. Y, en todo caso, los acreedores de la herencia deben siempre proponer sus acciones de cobro contra el heredero y no contra el albacea, aunque éste tenga el apoderamiento de los bienes hereditarios (pero de suceder esto último, conviene –para descartar eventuales problemas en la ejecución del fallo– que en la demanda propuesta contra el heredero, se incluya también, como codemandado, al albacea).

6. El testamentario, en ciertos y determinados casos, debe *proceder a formar el inventario de los bienes dejados por el causante* (art. 976 CC).

Como hemos dicho con anterioridad, la ley venezolana no siempre considera como función del albacea, la formación del inventario del patrimonio hereditario, lo cual encontramos sumamente criticable y contrario a la esencia misma de la institución del albaceazgo [*supra*, nota (24) del presente Capítulo][33].

Unicamente se reconoce esa facultad al albacea, en los siguientes casos específicos: A) cuando el testador lo ha facultado expresamente a formar el inventario de la herencia; o B) cuando lo ha autorizado a apoderarse de los bienes de la herencia (*infra*, nº 75-B), lo cual considera el legislador como el conferimiento tácito de la atribución de inventariar el patrimonio hereditario. Pero siempre que –en una y otra situación– no haya oposición al respecto de los herederos. En realidad, pues, se trata más bien de una facultad que da el testador –y no la ley– al ejecutor testamentario.

Pero aun en cualquiera de dichos supuestos, si todos los herederos son capaces de administrar sus bienes y se oponen a la formación del inventario en cuestión, éste ya no puede llevarse a cabo (arts. 975-976 CC): y dado el espíritu de dichas normas legales, pensamos que basta que cualquiera de los varios herederos formule oposición a dicho inventario, para que el mismo no pueda levantarse.

Los únicos casos en los cuales no procede oposición alguna a la formación del referido inventario, son aquéllos en los que se cumplen, al mismo tiempo, las dos condiciones siguientes: i) alguno de los herederos no tiene la libre administración de sus bienes (incapacidad de ejercicio), o es una corporación o establecimiento público; y ii) el representante o el asistente legal del heredero incapaz, o el administrador de la

33 La única explicación que podemos suponer, respecto de tan absurda posición, es que el legislador haya confundido o tema que se produzca confusión, entre la formación del inventario de la herencia, a iniciativa del albacea (que es incuestionablemente la más lógica de las medidas de protección de los intereses de los legatarios instituidos) y la aceptación de la herencia a beneficio de inventario, por parte del heredero (que es, incuestionablemente, un derecho exclusivo de éste). Estimamos carente de toda base razonable, la justificación que pretende dar al respecto la doctrina patria tradicional, según la cual el derecho del heredero a oponerse a la formación del inventario que desea llevar a cabo el albacea, se funda en "el respeto debido a la propiedad de los bienes sucesorios" y en "la conveniencia de evitar gastos innecesarios" (al respecto, *cfr.:* Sanojo, *op.cit.*, T. II, nº 347, p. 307; Dominici, *op. cit.*, T. II, pp. 244-245; Ramírez, *op. cit.*, T. II, p. 280).

corporación o establecimiento público instituido a título universal, no se encuentra en el lugar de la apertura de la sucesión (primer ap. del art. 976 CC). De ser así, el albacea debe proceder sin participación o trámite previo alguno, a la formación del inventario de la herencia (primer ap. del art. 976 CC).

En cambio, dispone el mismo primer ap. del art. 976 CC, que si alguno de los herederos es incapaz o se trata de alguna corporación o establecimiento público, pero su respectivo representante o asistente (del incapaz) o administrador (de la corporación o del establecimiento público), *sí se encuentra en el lugar de la apertura de la sucesión*, el albacea ha de limitarse a ponerlo inmediatamente en conocimiento de que debe –ese representante, asistente o administrador– proceder al inventario de los bienes de la herencia (en lugar de hacerlo el propio testamentario). Sin embargo, la citada norma legal es –a nuestro juicio– confusa y confundiente. En efecto, cuando se trata de herencias deferidas a incapaces o a corporaciones o establecimientos públicos, no basta que el correspondiente representante, asistente o administrador proceda a levantar su inventario, sino que esa herencia debe ser necesariamente *aceptada bajo beneficio de inventario*, tal como lo ordenan los arts. 998 a 1.000 CC; lo cual, si bien implica necesariamente la formación del inventario respectivo, es algo mucho más complejo y trascendental que ése sólo trámite (*infra*, Capítulo XVIII). De manera que en dichos casos, lo que el albacea tiene en realidad que hacer, es participar al representante o asistente del incapaz o al administrador de la corporación o del establecimiento público en cuestión, que se ha abierto una herencia en favor de su representado, asistido o administrado y que, de conformidad con la ley, debe procederse a su aceptación bajo beneficio de inventario[34].

Por otra parte, aun cuando todos los herederos sean plenamente capaces y el albacea haya sido autorizado por el causante para inventariar el patrimonio hereditario o tenga apoderamiento sobre el mismo, no debe iniciar dicho inventario sin antes haberlo notificado a los sucesores universales (salvo que por algún motivo ello no fuere posible), a fin de que los mismos puedan ejercer, si así lo desean, su referido derecho de oposición (últ. ap. del art. 976 CC). De no proceder así, el testamentario se expone a que los herederos se opongan a la formación del inventario cuando éste ya haya sido iniciado y luego se nieguen a reconocerle los gastos sufragados con ese fin.

Por último, dispone el art. 977 CC que el inventario del patrimonio hereditario por parte del albacea, debe llevarse a cabo con las mismas formalidades exigidas para el que debe levantarse con motivo de aceptación de la herencia bajo beneficio

34 Lo antes expuesto, por lo demás, refuerza la especulación que antes hemos hecho, en el sentido de que en las previsiones de los arts. 975 y 976 CC, el legislador parece confundir la formación del inventario de la herencia –medida de protección de los intereses de los legatarios– con la aceptación de la herencia a beneficio de inventario –medida de protección de los intereses de los herederos– [*supra*, nota (33)].

de inventario: de manera que se trata de un inventario judicial solemne (art. 1.025 CC y arts. 921-922 CPC) (*infra*, nº 99-B).

7. La ley asigna también al albacea *el cumplimiento de los deberes formales tributarios relativos a la herencia* (núm. 4 del art. 146 COT), sin perjuicio de que cada heredero o legatario pueda igualmente satisfacerlos. Tales deberes aparecen señalados en el art. 145 *ejusdem*, siendo el principal de ellos, la preparación y presentación de las correspondientes declaraciones fiscales.

Dijimos anteriormente que el testador puede facultar al albacea para que prepare y presente la correspondiente declaración de herencia, prevista en el art. 27 y sigs. LIS; pero aunque no exista tal autorización, el ejecutor debe presentar dicha declaración, en base a las citadas normas del COT si los herederos o legatarios no lo hacen.

Otro tanto cabe decir respecto de las declaraciones anuales de los enriquecimientos provenientes del patrimonio hereditario, a los efectos del impuesto sobre la renta; pero con la salvedad de que, en cuanto a las mismas, el albacea sólo puede llevarlas a cabo cuando está en posesión de todos los bienes sucesorales (num. 7 del art. 134 del Reglamento de la Ley de Impuesto sobre la Renta), ya que de lo contrario no tendría cabal conocimiento de los proventos de dicho patrimonio.

## 75-B. El apoderamiento de los bienes de la herencia

Cuando no existen herederos legitimarios, el testador puede dar al albacea la facultad de apoderarse o de tomar posesión de los bienes de la herencia (*saisine*) (primer ap. del art. 971 CC)[35].

En nuestra legislación el apoderamiento de los bienes de la herencia, por el albacea, no es una facultad legal de éste, sino sólo una atribución que el testador es libre de conferirle o no[36]. Algunos autores estiman que dicha facultad de apoderamiento tiene que ser expresamente conferida por el testador; otros, por el contrario, consideran que también puede otorgarse en forma tácita (*v.gr.*: dando una ordenación al albacea que necesariamente requiera, para ser cumplida, que él tenga el apoderamiento de los bienes del patrimonio hereditario)[37]. A nuestro modo de ver, lo que interesa es que no quepa duda alguna de que el causante haya querido otorgarla a su albacea,

---

35 La palabra francesa *saisine* (apoderamiento, toma de posesión, ocupación material), deriva del verbo *saisir* (asir, tomar, aprehender).

36 Ciertas legislaciones extranjeras siguen, sobre el particular, el mismo sistema. Así: art. 1.754 CC de Brasil; art. 1.026 CC de Bélgica y de Francia; art. 906 CC italiano de 1865; etc. En otras, por el contrario –incluso algunas de tipo latino– el apoderamiento es siempre o al menos en determinados casos, una facultad legal del albacea. Así: art. 2.205 CC alemán; art. 3.852 CC argentino; art. 703 CC italiano de 1942; etc.

37 Pacifici-Mazzoni (*op. cit.*, T. VIII, nº 184, p. 476), entre otros, se pronuncia en el sentido de que el apoderamiento tiene que ser conferido de manera expresa. En cambio, Planiol & Ripert (*op. cit.*, T. V, nº 683, p. 734), De Page (*op. cit.*, T. VIII-2, nº 1351, p. 1450) y otros, admiten que el apoderamiento puede también resultar, tácitamente, del contexto del testamento.

independientemente de la manera como se haya expresado al efecto. Como la ley no establece restricciones al respecto, se debe concluir que el testador puede autorizar el apoderamiento de los bienes de la herencia por parte del albacea, aunque no haya hecho instituciones a título particular, toda vez que en tales casos la *saisine* puede tener por finalidad, sea el cumplimiento de otras obligaciones impuestas por el causante a los herederos, o bien la protección de los intereses de éstos.

El CC venezolano no permite el apoderamiento por el albacea, de los bienes de la herencia, cuando existen herederos legitimarios, puesto que, para éstos, se trata de una cuota de la herencia que se les debe en plena propiedad y que no se puede someter a carga o a condición alguna (art. 883 CC)[38]. Sin embargo, si hay herederos forzosos, el testador puede ordenarles –como medida para asegurar el cumplimiento de sus mandas y obligaciones– que, a los efectos de tomar posesión material de los bienes de la herencia, sea necesaria la intervención o la citación en forma de albacea, a fin de que exista constancia precisa de los bienes que han quedado en poder de dichos legitimarios (primer ap. del art. 971 CC).

Por otra parte, cuando no existen herederos legitimarios y el testador ha otorgado al ejecutor testamentario el apoderamiento de los bienes de la herencia, tal toma de posesión material tampoco puede llevarse a cabo sin la intervención o citación en forma de los herederos, a menos que el causante haya dispuesto otra cosa (últ. ap. del art. 971 CC): se trata de una medida prevista por el legislador, para que igualmente quede constancia indiscutible de los bienes que han quedado en posesión del albacea.

En el Derecho patrio, el albacea puede apoderarse tanto de los bienes muebles, como de los inmuebles que constituyen el patrimonio hereditario, lo cual es perfectamente lógico y razonable, puesto que uno y otro tipo de bienes puede ser objeto de legados o de otras obligaciones impuestas por el testador a sus herederos[39].

---

38 Si existen herederos legitimarios, el causante ni siquiera puede autorizar el apoderamiento por el ejecutor, de los bienes de la herencia que correspondan a otros herederos no legitimarios que él haya instituido, puesto que, tratándose de una masa indivisa, resultaría imposible para el albacea apoderarse de la cuota de la misma que corresponda a los herederos no legitimarios, sin afectar al mismo tiempo la cuota de los legitimarios.
Algunos CC extranjeros, como el de Brasil (art. 1.754), han adoptado la misma regla. En cambio, muchos otros (Alemania, Bélgica, Francia, Italia, etc.), no prohiben dicho apoderamiento ni aun cuando concurren herederos legitimarios, lo cual ciertamente nos parece un contrasentido. Empero la normativa más sui géneris que conocemos al respecto, es la del CC argentino (art. 3.852), según el cual, habiendo herederos legitimarios, el albacea sólo tiene la posesión de la porción de los bienes hereditarios que sea necesaria para efectuar el pago de las deudas y de los legados.

39 Normativa similar existe en Alemania (art. 2.205 CC), Argentina (art. 3.852 CC), Brasil (art. 1.754 CC), Italia (art. 703 CC de 1942), etc. En cambio otras legislaciones, que siguen o seguían con mayor fidelidad la corriente histórica del albaceazgo (*supra*, nº 72), sólo autorizan el apoderamiento por el testamentario, de los bienes muebles de la herencia. Así: art. 1.026 CC de Bélgica y de Francia; art. 906 CC italiano de 1865; etc.

Cabe sin embargo hacer notar que el apoderamiento del patrimonio hereditario, por el albacea, no se extiende a los frutos naturales o civiles del mismo, producidos o devengados después de la fecha de apertura de la sucesión, precisamente en razón de que ellos no forman parte de dicho patrimonio; por tal motivo, la posesión de esos frutos corresponde exclusivamente a los herederos[40].

Suele decirse que el apoderamiento de los bienes de la herencia, en sí y de por sí, no altera ni modifica en forma alguna el contenido ni el alcance del mandato conferido por el testador al albacea, sino que simplemente otorga a éste medios de acción más enérgicos para cumplir sus funciones, precisamente porque –de hecho– detenta el caudal hereditario[41].

Pensamos que, al menos en la legislación venezolana ello no es del todo exacto. En efecto, ya hemos visto que el ejecutor testamentario no puede pagar los legados ni las deudas de la herencia, ni tampoco puede inventariar el patrimonio hereditario (salvo que el testador lo haya facultado para ello), sino cuando está en posesión de los bienes dejados por el *de cujus* (*supra*, nº 75-A, 2, 5 y 6); por otra parte, el albacea que tiene la *saisine* de los bienes en referencia, necesariamente tiene el derecho y la obligación de administrarlos, mientras dure tal situación, lo cual jamás sucede en relación con el albacea sin apoderamiento[42]. De manera que dicho apoderamiento sí agrega atribuciones a su poder. En cambio, es absolutamente cierto que el albacea autorizado para apoderarse de los bienes de la herencia, tiene además medios mucho más enérgicos que el que carece de tal facultad, para hacer cumplir la voluntad del causante. De ahí que sea acertado admitir que el testamentario sin apoderamiento, simplemente *vigila el cumplimiento* por el heredero de las disposiciones del *de cujus*, mientras que el que tiene la *saisine* de los bienes hereditarios, *cumple o hace cumplir* él mismo, tales previsiones de última voluntad.

El apoderamiento por el albacea de la totalidad o de parte de los bienes dejados por el causante, es una posesión *de hecho*, que se superpone a la posesión civilísima o de mero derecho, que atribuye al heredero el art. 995 CC (*supra*, nº 6, E; *infra*, nº 82-A) y que continúa a pesar de la *saisine*, de manera similar a lo que ocurre con el secuestro

---

40 La doctrina es unánime al respecto. Sobre el particular, *cfr.*: Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. VIIII, nº185, p. 477; Ricci, *op. cit.*, T. VIII, nº 453, p. 724-725; Planiol & Ripert, *op. cit.*, T. V, nº 686, pp. 736-738; De Page, *op. cit.*, T. VIII-2, nº 1356, p. 1453; etc.

41 Al respecto, *cfr.*: De Page, *op. cit.*, T. VIII-2, nº 1349, p. 1445.

42 Tal facultad del albacea, de administrar los bienes del patrimonio hereditario que se encuentren bajo su posesión, comprende, desde luego: percibir y cobrar extrajudicialmente los frutos naturales y civiles de esos bienes (debiendo entregarlos de inmediato a los herederos); cobrar extrajudicialmente los créditos vencidos que correspondan a la herencia; efectuar las reparaciones indispensables de los bienes hereditarios; pagar los impuestos y contribuciones que afecten dichos bienes; y las restantes actividades propias y normales de un simple administrador de bienes ajenos.- Al respecto, *cfr.*: Ricci, *op. cit.*, T. VIII, nº 453, p. 724; De Ruggiero, *op. cit.*, T. II, Vol. II, p. 523; Planiol & Ripert, *op. cit.*, T. V, nº 691, p. 746; De Page, *op. cit.*, T. VIII-2, nos. 1356, C (pp. 1453-1454), 1362 (pp. 1457-1459) y 1367 (p. 1464); etc.

o con el embargo de un bien, respecto de la posesión que corresponde al propietario del mismo. De ahí que el albacea investido con la tenencia de dichos bienes, no posée a nombre propio los bienes objeto de su apoderamiento, sino únicamente a título precario: por y para el heredero.

Nuestra ley no establece plazo máximo alguno para la duración del apoderamiento de los bienes hereditarios, por el testamentario; de ahí que deba colegirse que –al menos en principio– esa tenencia puede continuar mientras el albaceazgo mismo no haya concluido, salvo que el *de cujus* hubiere dispuesto otra cosa[43].

Sin embargo, aunque no haya podido terminar totalmente la misión del albacea, en razón de que existan legados a término inicial no vencido o bajo condición suspensiva no cumplida, o deudas cuyo plazo, condición o liquidación esté pendiente, los sucesores universales pueden exigir que la tenencia de los bienes de la herencia, por dicho ejecutor, quede limitada a los bienes o a las respectivas especies necesarios para el cumplimiento o el pago de tales legados o deudas (art. 980 CC) (*supra*, nº 74, *in fine*).

Y, adicionalmente, los herederos (o cualquiera de ellos) pueden también hacer cesar en todo momento la tenencia de los bienes de la herencia por el albacea, mediante alguno de los siguientes procedimientos: i) consignando al ejecutor el dinero o las otras especies –en cantidad que fuere necesaria y suficiente– para el pago de las deudas de la herencia y de los legados instituidos por el causante; ii) demostrando al testamentario haber satisfecho todos los legados y deudas de la herencia; o iii) constituyendo cauciones reales o personales suficientes y bastantes, para asegurar el pago de dichos legados y deudas, en el modo y en la oportunidad ordenados por el causante (a menos que éste no hubiere permitido esa constitución de garantías) (art. 972 CC).

## 76. Terminación del albaceazgo: sus consecuencias

Las funciones del albacea terminan por una serie de causas, a saber:

1. *La anulación del testamento*: Como la designación del testamentario tiene que ser hecha en acto de última voluntad (*supra*, nº 74, 1), la declaración de nulidad de éste, necesariamente determina la ineficacia de dicho nombramiento.

En caso de que el causante haya dejado varios testamentos, es necesario que la declaración de nulidad afecte al testamento donde se nombra al ejecutor; y de la misma manera, si la nulidad declarada del testamento es sólo parcial, es indispensable que ella se refiera a la cláusula o disposición de dicho acto, en la cual se nombra al albacea.

---

43 Por el contrario, otros CC que no fijan término legal a la función del albacea,sí establecen el de un año, como máximo, para la duración del apoderamiento de los bienes hereditarios. Así: art. 1.026 CC belga y francés; art. 703 CC italiano de 1942.

2. La *no aceptación* del cargo (ap. del art. 970 CC): Antes hemos visto que el albaceazgo es voluntario y que, por ende, nadie está obligado a aceptarlo (*supra*, nº 74, 2). Si la persona designada al efecto no acepta, su nombramiento caduca.

3. La *muerte* (art. 982 CC) y la *inhabilitación*, la *interdicción*, la *quiebra* o la *cesión de bienes* del albacea (art. 1.704, ords. 3º y 4º CC): Sabemos igualmente que se trata de un cargo personalísimo (*supra*, nº 74, 3), cuya naturaleza es la de un mandato sui géneris (*supra*, nº 73, *in fine*). El primero de los aludidos motivos de terminación del albaceazgo (muerte del ejecutor), lo consagra expresamente la ley; los otros cuatro están previstos para la extinción del mandato y, por ende, también deben aplicarse por analogía al caso del testamentario.

4. La *excusa* del ejecutor, por causa justificada y aceptada por la autoridad judicial (art. 983 CC) (*supra*, nº 74, 2).

5. La *remoción* del albacea por la autoridad judicial (art. 982 CC): Dicha remoción debe ser propuesta por cualquier interesado (heredero, legatario, acreedor de la herencia), mediante demanda en forma, que sigue los trámites del juicio ordinario. La doctrina es conteste en el sentido de que esta causal de extinción de la testamentaría, procede tanto por el incompetente desempeño de la misma, como también por la infidelidad de quien la ejerce[44].

6. La *conclusión de la misión* antes del vencimiento del plazo fijado al efecto por el testador o por la ley (art. 979 CC): Es obvio que el albaceazgo debe terminar con el cumplimiento de las funciones encomendadas por el testador al ejecutor, aunque no haya vencido aún el término de que éste disponía al efecto, pues carecería de sentido mantener una testamentaría, ya sin objeto alguno. Incluso, en el supuesto de que aun después de cumplida su misión, el albacea pretendiera continuar actuando como tal, cualquiera de los herederos podría recurrir a la autoridad judicial, para que ésta declare terminado el albaceazgo.

Por otra parte, ya hemos repetido que si el albacea ha terminado su encargo, salvo la entrega de legados instituidos a término inicial o bajo condición suspensiva, pendientes de cumplimiento; o excepción hecha del pago de deudas de la herencia cuyo plazo, condición o liquidación no ha tenido aún lugar; entonces el albaceazgo también debe terminar, a menos que el testador haya dado al albacea la *saisine* sobre los bienes objeto de tales mandas o deudas, caso en cual las funciones del ejecutor quedan limitadas a esa sóla tenencia (art. 980 CC) (*supra*, nos. 74, 4, *in fine* y 75-B, *in fine*).

---

44 Al respecto, *cfr.*: Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. VIII, nº 200, pp. 498-502; Ricci, *op. cit.*, T. VIII, nº 459, p. 784; De Ruggiero, *op. cit.*, T. II, Vol. II, p. 525; Polacco, *op. cit.*, T. I, pp. 512-513; Planiol & Ripert, *op. cit.*, T. V, nº 694, pp. 750-751; De Page, *op. cit.*, T. VIII-2, nº 1391, pp. 1482-1484; Dominici, *op. cit.*, T. II, p. 251; etc.

7. El *vencimiento del término fijado al efecto por el testador* (art. 978 CC): Como todo mandato a término final, el albaceazgo se extingue al vencerse el plazo establecido por el *de cujus* para el cumplimiento del encargo que hizo. Conviene reiterar que en los casos aludidos, la autoridad judicial carece de facultad para prorrogar el término en cuestión (*supra*, nº 74, 4).

8. El *vencimiento del término de un año*, contado desde la fecha de apertura de la sucesión, si el testador no estableció plazo al respecto (art. 978 CC): Sin embargo, en esta hipótesis el legislador sí admite la posibilidad de prórroga, a criterio de la autoridad judicial y a petición del heredero o del propio albacea (*supra*, nº 74,4). Empero, la extensión del plazo no puede acordarse por la simple circunstancia de que estén pendientes de cumplimiento legados o instituciones fideicomisarias establecidos a término inicial o a condición suspensiva, no cumplidos todavía; o de que se trate del pago de deudas de la herencia cuya condición no se ha cumplido, o no vencidas todavía, o que no hayan sido debidamente liquidadas (salvo que el testamentario tenga apoderamiento sobre los bienes objeto de esos legados o deudas, pues en tales situaciones la prórroga del albaceazgo se limita exclusivamente a dicha tenencia) (*supra*, nos. 74, 4, *in fine* y 75B, *in fine*)[45].

Extinguido el albaceazgo, el ejecutor testamentario o sus causahabientes, según el caso, deben rendir cuenta de su gestión, a los herederos del testador (art. 981 CC). Como todo mandatario, el albacea debe cumplir sus funciones con la diligencia de un buen padre de familia (art. 1.692 CC) y responde –si no lo hubiere hecho así– a quienes resulten lesionados por su actuación (herederos, legatarios o acreedores de la herencia). Antes hemos señalado que si hay más de un testamentario y el testador no dividió sus funciones –y cada albacea se limitó a ejecutar las que le fueron atribuidas– todos ellos deben responder solidariamente (*supra*, nº 73, VII).

Las acciones judiciales contra el albacea, intentadas antes de la partición de la herencia, o dentro del bienio siguiente a la apertura de la sucesión (esto último sólo si la partición no es necesaria, por no haber más de un heredero), se pueden proponer ante el tribunal civil competente del lugar de dicha apertura o del sitio donde el albacea tenga su domicilio (ord. 3° del art. 43 CPC). Pero cuando se intentan después de efectuada la partición o de cumplido el indicado bienio, según el caso, se tienen que incoar ante el juez competente del domicilio del ejecutor testamentario (art. 40 CPC).

Por lo demás, remitimos al lector a lo anteriormente expuesto, respecto a la remuneración del albacea y del reintegro por los herederos a éste, de los gastos que él hubiere efectuado para el adecuado desempeño de su cargo (arts. 983-985 CC) (*supra*, nº 74, 5).

---

45 Cabe recordar que la terminación del albaceazgo tanto por cumplimiento de la misión encomendada al testamentario, como por el vencimiento del plazo de que éste disponía al efecto (sea por voluntad del testador o por disposición legal), no le impide asumir posteriormente la defensa del testamento del *de cujus* (*supra*, nº 75-A, 4 *in fine*).

# CAPÍTULO XIV

# LA NULIDAD, LA REVOCACIÓN Y LA CADUCIDAD DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS



## 77. INEFICACIA DE LAS DISPOSICIONES DE ÚLTIMA VOLUNTAD

El testamento en general o las disposiciones de última voluntad contenidas en el mismo, pueden quedar sin eficacia jurídica por una variada serie de circunstancias, a saber: la *nulidad* (del testamento o de determinada disposición testamentaria); la *revocación* (del testamento o de determinada disposición testamentaria); la *caducidad* (del testamento o de determinada disposición testamentaria); la *reducción* (de determinada disposición testamentaria) por lesión de la legítima correspondiente a los herederos forzosos; el *incumplimiento de la condición suspensiva* o el *cumplimiento de la condición resolutoria* (que afecte a determinada disposición testamentaria); el *vencimiento del término final* (que afecte a determinada institución a título particular); y la *renuncia* del heredero o del legatario instituido[1].

---

1 Existe jurisprudencia de instancia (JTR, Vol. VIII, pp. 919-823), en el sentido de que, en cambio, no es posible hacer declarar ineficaz el testamento por vía de simulación. Por lo demás, debe recordarse al respecto que el art. 897 CC dispone: "No se admitirá ninguna prueba para demostrar que las disposiciones hechas en favor de una persona designada en el testamento son sólo aparentes, y que en realidad se refieren a otra persona, no obstante cualquier expresión del testamento que lo indique o pueda hacerlo presumir. Esto no se aplica al caso en que la institución o el legado se ataquen como hechos en favor de incapaces por medio de persona interpuesta" (*supra*, nº 56-B, D).

En el Capítulo IX hemos estudiado lo tocante a la reducción de las instituciones hereditarias y de los legados, por causa de lesión de la legítima. También vimos anteriormente los efectos de la condición y del término en las instituciones de herederos y de legatarios (*supra*, nº 57, 57-A y 57-B). Asímismo conocemos las reglas generales concernientes a la renuncia de los legados (*supra*, nº 64-A); y poco más adelante nos referiremos a la renuncia de la herencia (*infra*, Capítulo XX).

De manera que en el presente Capítulo sólo trataremos sobre las restantes tres causas de ineficacia de las disposiciones de última voluntad: la nulidad, la revocación y la caducidad.

## 78. La nulidad

La nulidad es la sanción jurídica que impide surtir efectos a un acto o negocio, en cuya formación se violaron preceptos legales. Se trata, pues de que el acto en cuestión es sólo una apariencia de tal o de que nació en forma defectuosa.

En los actos de última voluntad, como en todo negocio jurídico en general, la nulidad puede ser absoluta o relativa y total o parcial. Pero mucho más importante, en esta materia, es la distinción entre la nulidad del testamento y la nulidad de las disposiciones contenidas en él.

La nulidad es *absoluta*, cuando el testamento o determinada disposición del mismo, infringe una regla legal de orden público o es contraria a las buenas costumbres; y es *relativa*, cuando la norma legal violada en la disposición de última voluntad, ha sido consagrada por el legislador sólo para la protección de intereses particulares.

La nulidad (absoluta o relativa) es *total*, cuando la infracción legal cometida afecta a todo el acto de última voluntad o a la totalidad de sus disposiciones; y es *parcial*, cuando sólo existe respecto de alguna o de algunas de las disposiciones de última voluntad, pero no en relación con todas las hechas por el testador. En el primer caso, el testamento íntegro o todas sus disposiciones, quedan privados de valor y efectos; en el segundo, en cambio, únicamente caen las disposiciones testamentarias defectuosas o viciadas, pero el testamento mantiene su eficacia en cuanto se refiere al resto de su contenido.

Por último, la nulidad concierne al *testamento*, cuando el vicio jurídico en cuestión afecta globalmente a ese acto de última voluntad, abstracción hecha de las disposiciones que el mismo contiene (por eso, la nulidad del testamento siempre es total); en cambio, se habla de nulidad de las *disposiciones testamentarias* (alguna, varias o todas las contenidas en el testamento) cuando la irregularidad está –precisamente– en las instituciones que hace el testador (por lo que, en tal hipótesis, puede haber nulidad parcial o nulidad total, según se trate).

En todo caso, la nulidad absoluta o relativa, total o parcial del testamento o de disposiciones contenidas en el mismo, tiene que ser pronunciada por la autoridad judicial. La acción respectiva puede ser interpuesta por toda persona que haya de resultar beneficiada por la declaración de nulidad; prescribe siempre a los diez años de la apertura de la sucesión, es decir, en el plazo ordinario de las acciones personales (toda vez que el término de prescripción de cinco años, consagrado por el art. 1.346 CC para la acción de nulidad relativa de los contratos, por ser de carácter excepcional, no puede extenderse por analogía a otros actos jurídicos)[2]. Y el procedimiento correspondiente se tramita de acuerdo con las reglas del juicio ordinario.

## 78-A. Nulidad absoluta y nulidad relativa

Conforme indicamos poco antes (*supra*, nº 78), el testamento o las disposiciones testamentarias, adolecen de nulidad absoluta, si infringen algún precepto legal de orden público o contradicen las buenas costumbres; y son sancionados con nulidad relativa, cuando la norma legal que violan, está únicamente destinada a proteger intereses privados.

I. En materia testamentaria son causas de nulidad *absoluta*, las siguientes:

1. La infracción de las normas legales relativas a las *solemnidades esenciales* para el otorgamiento de testamentos, que figuran en la Sección Tercera del Capítulo II, Título II, Libro Tercero CC (arts. 849-881 CC y nums. 5 y 6 del art. 74 DLRN: *supra*, Capítulo VII)[3].

2. La violación de ciertas *incapacidades para recibir* por testamento, a saber: a) la institución de personas *carentes de existencia* por no estar concebidas, por haber nacido muertas, por haber fallecido con anterioridad al *de cujus* o por haber sido declarados ausentes (salvo los correspondientes casos exceptuados por la ley) (art. 809, al cual remite el art. 840 y arts. 953 y 442 CC: *supra*, nº 301, A)[4]; b) la institución de *Iglesias de cualquier credo* o de *institutos de manos muertas* (ord. 1° del art. 841 CC: *supra*, nº 30-2);

---

2 Existe unanimidad de criterio en la doctrina, sobre el particular; al respecto, *cfr.*:PacificiMazzoni, *op. cit.*, T. VI, nº 189, pp. 497-498 y T. VII, nº 88, p. 176; Planiol & Ripert, *op. cit.*, T. V, nº 705, p. 762; De Page, *op. cit.*, T. VIII2, nº 1269, p. 1369; Castán Tobeñas, *op. cit.*, T. VI, Vol. II, p. 455; etc.

3 Debemos sin embargo recordar que el incumplimiento de formalidades legales *no esenciales* para el otorgamiento de testamentos, no acarrea la nulidad –absoluta ni relativa– del negocio: *supra*, nº 41.

4 Siguiendo a Polacco (*op. cit.*, T. I, pp. 247 y sigs. y 652), hemos incluido la premoriencia y la declaración de ausencia del instituido, como causas de incapacidad para recibir por testamento, por razones didácticas: cuando estudiábamos la sucesión intestada, vimos que dichos acontecimientos determinaban la incapacidad para suceder *ab intestato* (*supra*, nº 14, C y D) y, en consecuencia, no vemos razón alguna para no darles idéntica calificación en lo tocante a la sucesión testamentaria. Empero, la generalidad de la doctrina no las trata como causas de incapacidad que determinan la nulidad de la institución, sino más bien como casos de ineficacia de la institución por caducidad de la misma (art. 953 CC); al respecto, *cfr.*: De Ruggiero, *op. cit.*, T. II, Vol. II, pp. 517-518; Planiol & Ripert, *op. cit.*, T. V, nº 717, p. 775; De Page, *op. cit.*, T. VIII-2, nos. 1236-1237, pp. 1345-1346; etc. En la práctica, sin embargo, resulta indiferente adoptar un criterio u otro.

y c) la institución de *ordenados in sacris* o de *ministros de cualquier culto* (ord. 2° del art. 841 CC: *supra*, n° 30-3).

3. La trasgresión de determinadas *prohibiciones* legales, como son: a) la de otorgar *testamentos conjuntos o mancomunados* (art. 835 CC: *supra*, n° 25-2); b) la de hacer instituciones en las que sea *indeterminable su titular o su objeto* (arts. 898-901 CC: *supra*, 56-B y 56-C)[5]; c) la institución hecha bajo *condición captatoria* (art. 917 CC: *supra*, n° 57-B, D); y d) *la sustitución fideicomisaria prohibida*, por no existir su beneficiario para la fecha de la apertura de la sucesión del testador (ap. del art. 963 CC: *supra*, n° 69-B).

II. A su vez, son causas de nulidad *relativa* de las disposiciones testamentarias, las siguientes:

1. La *carencia de testimentifacción activa* (arts. 837 y 859 CC: *supra*, n° 29).

2. Los casos de *carencia de testimentifacción pasiva* que no determinan la nulidad absoluta de la institución, a saber: a) la *indignidad* del instituido (art. 810, al cual remite el art. 840 CC: *supra*, n° 30-A, B); b) la circunstancia de ser o haber sido el instituido, *tutor* del testador (art. 844 CC: *supra*, n° 30-D); c) el hecho de que el instituido sea *cónyuge en segundas o ulteriores nupcias* del testador, respecto de lo que se le deje en exceso de lo que corresponda al menos favorecido de los hijos habidos por el causante en cualquiera de sus anteriores matrimonios (art. 845 CC: *supra*, n° 30-E); y d) la condición de *funcionario o persona que interviene en la redacción o en el otorgamiento del testamento,* que tenga algún instituido en el mismo (arts. 846-847 CC: *supra*, n° 30-F).

3. Los *vicios de la voluntad* del testador, que son: a) el *error* (en el negocio, en la identidad del instituido, en el motivo determinante de la institución, o en la titularidad, ubicación o existencia del bien objeto del legado) (arts. 896, 902, 904, 906, 907, 908, 909 y 1.148 CC: *supra*, n° 32-A); b) la *violencia* ejercida sobre el *de cujus* (arts. 1.150 a 1.152 CC: *supra*, n° 32-B); y c) el *dolo* de que haya sido víctima el causante (art. 1.154 CC: *supra*, n° 32-C).

Sin embargo, a nuestro modo de ver, no tiene mayor interés práctico la distinción entre la nulidad absoluta y la nulidad relativa de los testamentos y de las disposiciones de última voluntad, puesto que en todo caso las consecuencias de la infracción son idénticas, tanto en lo relativo a la titularidad de la acción de nulidad, como en lo concerniente al término de prescripción de la misma (*supra*, n° 78, *in fine*)

Por lo demás, otra consecuencia normalmente interesante para la diferenciación de nulidades absolutas y relativas, que es la posibilidad de ratificar, de confirmar o

---

5 Recuérdese, empero, que existen dos casos de instituciones viciadas por la indeterminabilidad del instituido, cuya ineficacia no significa la nulidad de la disposición, sino el funcionamiento de la presunción *juris et de jure* de que la institución se considera hecha en favor de la Nación. Así: las disposiciones genéricas hechas en favor del alma (art. 899 CC) y las hechas en favor de los pobres u otras semejantes (art. 900 CC) (*supra*, n° 56-B, B y C).

de convalidar el acto simplemente anulable –pero no el absolutamente nulo– sufre importante excepción en lo que concierne a las disposiciones testamentarias: poco antes hemos señalado que una de las causas de la nulidad absoluta del testamento (y, por ende, de todas las disposiciones contenidas en él), es la violación en su otorgamiento de las reglas legales sobre las solemnidades esenciales del negocio; tales testamentos, empero, son susceptibles de convalidación (art. 1.353 CC), como veremos poco más adelante (*infra*, nº 78-C). Y todo ello sin tomar en cuenta que si bien es posible confirmar o ratificar el testamento relativamente nulo (pero no el que lo es de manera absoluta, salvo en el aludido caso excepcional), no es frecuente que ello se haga, toda vez que tal convalidación tendría necesariamente que efectuarse en un nuevo testamento y cumpliendo los extremos exigidos por el art. 1.351 CC, aplicable por analogía a los actos de última voluntad[6]; y ante esa situación, resulta más seguro y más sencillo, repetir todo el texto del testamento anterior.

Desde el punto de vista práctico, la diferencia fundamental entre la nulidad absoluta y la relativa del testamento y de las disposiciones testamentarias, consiste en que la absoluta –precisamente por basarse en la violación de una norma que afecta al orden público– puede ser suplida de oficio por el juez (arts. 11 y 320, cuarto ap. CPC) y también puede alegarse en cualquier estado de la respectiva causa judicial, incluso por primera vez en Casación; lo que no sucede con la nulidad relativa, toda vez que ésta –por fundarse en la infracción de una norma legal que no es de orden público– sólo puede pronunciarse a instancia de parte, hecha en el libelo de la demanda (si la pide el actor) o en la contestación al fondo de la misma (si la solicita el demandado).

## 78-B. LA NULIDAD DEL TESTAMENTO Y LA NULIDAD DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS

Dijimos que hay nulidad del testamento, cuando el defecto del negocio lo afecta de manera integral e independientemente de las disposiciones que contiene; y que, en cambio, la nulidad de una disposición testamentaria (institución de heredero o de legatario), resulta de un vicio que afecta el contenido mismo del testamento (*supra*, nº 78).

I. La *nulidad del testamento* puede resultar de defecto de forma o de vicios de fondo, pero siempre es *total*: concierne a todo el acto de última voluntad y, por ende, todas las disposiciones contenidas en el mismo quedan privadas de valor y efectos.

6 De acuerdo con las previsiones de la citada norma, el testamento ratificatorio de un anterior testamento relativamente nulo, tendría que contener: i) la sustancia misma de dicho acto anterior de última voluntad; ii) la indicación de la causa o el motivo de su vicio; y iii) la declaración de que el testador ratifica o convalida el testamento en cuestión. De ahí que resulta bastante más fácil limitarse a otorgar un nuevo testamento, en el cual se repitan las disposiciones del otorgado con anterioridad.

1. La nulidad del testamento por vicio de *forma*, tiene por razón de ser la infracción de las normas legales relativas a las *solemnidades esenciales* para el otorgamiento de testamentos, que aparecen consagradas en la Sección Tercera del Capítulo II, Título II, Libro Tercero CC (arts. 849-821 CC y nums. 5 y 6 del art. 74 DLRN: *supra*, Capítulo VII)[7].

2. La nulidad del testamento por defecto de *fondo*, tiene dos causas: a) la *incapacidad del testador* (art. 837 CC: *supra*, nº 29); y b) la prohibición de otorgar *testamentos conjuntos o mancomunados* (art. 835 CC: *supra*, nº 25, 2).

II. La *nulidad de las disposiciones testamentarias* no concierne ya al testamento considerado como negocio jurídico, sino más bien al contenido de alguna, algunas o todas las instituciones que en él figuran. Siempre deriva de defecto de *fondo*, pero puede ser total o parcial, según que el vicio afecte a todas las disposiciones de última voluntad contenidas en el testamento, o únicamente a alguna o algunas de ellas, pero no a todas. Si la *totalidad* de las disposiciones del testamento está viciada, el acto queda íntegramente privado de valor; en cambio, si el vicio afecta a sólo *parte* de dichas disposiciones, únicamente las afectadas pierden sus efectos, pero el testamento es válido y eficaz en cuanto se refiere a las restantes, no defectuosas ni viciadas.

La nulidad de las disposiciones testamentarias tiene las siguientes causas:

1. Todo tipo de *incapacidad para recibir por testamento* (arts. 839-847 CC: *supra*: nos. 30 a 30-G)[8].

2. Los *vicios de la voluntad testamentaria*, a saber, el error, la violencia y el dolo (arts. 896, 902, 904, 906-909, 1.148 y 1.150-1.154 CC: *supra*, nos. 32-A a 32-C).

3. Ciertas *prohibiciones especiales* establecidas por el legislador.

Esas *prohibiciones especiales*, son: a) la de disponer de manera que resulte *indeterminable la persona del instituido o el objeto de la institución* (arts. 898-901 CC: *supra*, nos. 56-B y

7 Reiteramos, no obstante que el incumplimiento de formalidades legales *no esenciales* para el otorgamiento de testamentos, no acarrea la nulidad del negocio: *supra*, n ° 41.

8 Hemos dicho poco antes, que la nulidad del testamento o de alguna disposición en él contenida, resulta de la violación de un precepto legal relativo al mismo negocio, en el propio *momento de su formación*, es decir, en el otorgamiento del acto de última voluntad. Sabemos, por otra parte, que a los efectos de determinar la testimentifacción pasiva, se atiende –por regla general– a la situación existente para la fecha de la *apertura de la sucesión* (exceptuando únicamente los casos previstos en los arts. 844, 846 y 847 CC, en los cuales se toma en cuenta, para ello, la situación que existía para el momento del otorgamiento del testamento: *supra*, nº 30). ¿Cómo explicar, entonces, que la incapacidad para recibir sea una causa de nulidad? De la siguiente manera: precisamente porque el testamento es un acto de última voluntad, viene a ser –en sentido jurídico– la postrer actuación del causante antes de fallecer (*supra*, nº 25, 5), motivo por el cual –al menos de manera figurada– el momento del otorgamiento se extiende, a tales efectos, hasta el momento de la muerte del testador. Cabe sin embargo decir que algunos autores califican la incapacidad para recibir por testamento, no como causa de nulidad, sino más bien como causa de *caducidad* de la institución; en ese sentido, *cfr.*: Planiol & Ripert, *op. cit.*, T. V, nº 719, pp. 776-777; De Page, *op. cit.*, T. VIII-2, nº 1262, p. 1361. En todo caso, como lo reconoce el propio De Page, se trata de una cuestión de simple terminología y no de un problema de fondo.

56-C)[9]; b) la de someter la institución a *condición captatoria* (art. 917 CC: *supra*, nº 57-B, D; c) la concerniente a la *sustitución fideicomisaria* establecida en favor de una persona que no existe para la fecha de apertura de la sucesión (ap. del art. 963 CC: *supra*, nº 69-B); y d) la que tenga como objeto *tierras adjudicadas* al testador o a sus causantes, por el Instituto Nacional de Tierras, puesto que los arts. 12 y 17 del Decreto con fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, prohibe la disposición de las mismas por acto de última voluntad.

## 78-C. Confirmación, ratificación o ejecución voluntaria del Testamento nulo por defecto de formalidades

Establece el art. 1.352 CC, que "no se puede hacer desaparecer por ningún acto confirmatorio los vicios de un acto absolutamente nulo por falta de formalidades". Y a renglón seguido, el art. 1.353 *ejusdem* consagra la siguiente excepción: "La confirmación, ratificación o ejecución voluntaria, de una donación o disposición testamentaria por parte de los herederos o causahabientes del donador o testador, después de la muerte de éstos, lleva consigo la renuncia a oponer los vicios de forma y cualquiera otra excepción".

Se trata de normas que el legislador venezolano copió del CC italiano de 1865 (arts. 1.310-1.311) y que –a su vez– éste había tomado del Código Napoleón (arts. 1.339-1.340)[10].

Para el adecuado entendimiento del sentido y alcance de la norma contenida en el art. 1.353 CC, son convenientes algunas consideraciones previas.

Abstracción hecha de la citada disposición legal, es claro que, en caso de ser nulo un testamento –tanto por vicio de forma, como por defecto de fondo– la persona que habría de beneficiarse de la herencia como consecuencia de tal ineficacia del acto de última voluntad (a quien denominaremos aquí, para mayor claridad el "beneficiario"), siempre podría respetar, acatar y cumplir las disposiciones del *de cujus*, a pesar del vicio o del defecto del acto que la contiene; y en tal caso, el instituido en el referido testamento (a quien denominaremos aquí, para mayor claridad, el "instituido"), se haría titular de los bienes integrantes del acervo hereditario.

9 Reiteramos aquí lo expresado en la nota (5) del presente Capítulo.

10 El origen francés de la disposición se pone de manifiesto por el tratamiento conjunto que en ella se hace a donaciones y a disposiciones de última voluntad, que es característico de la legislación gala. Es interesante hacer notar que, por su parte, el art. 590 del CC italiano de 1942, ha extendido la referida regla excepcional a todo tipo de vicio de la disposición testamentaria; y, en consecuencia, autoriza la confirmación o la ejecución voluntaria de la misma, por los herederos del causante, tanto cuando está afectada de defecto de forma, como también cuando adolece de vicio de fondo.

Pero en dicha hipótesis, en realidad, el heredero del causante no sería el instituido, sino el beneficiario; y, a la vez, el instituido resultaría ser causahabiente directo del beneficiario y no del testador[11].

Pero la disposición del art. 1.353 CC establece algo radicalmente diferente: si se trata de un testamento absolutamente nulo por defecto de forma y la persona que habría de beneficiarse de la herencia decide sin embargo acatarlo y cumplirlo, aquel acto de última voluntad se hace válido y eficaz y, por consiguiente, la persona allí instituida como heredera –y no la que decide respetar la aparente voluntad del causante– es la verdadera sucesora directa del testador. Se trata, por consiguiente, de que el legislador admite, en dichos supuestos, la convalidación o ratificación –después de la muerte del testador– de un testamento que era radicalmente nulo por defecto de forma (*supra*, nos. 41 y 78-A), lo cual ciertamente constituye una importantísima derogación de los principios que gobiernan la Teoría de la Nulidad de los actos jurídicos.

La doctrina ha tratado de explicar, de variadas maneras y sin mayor éxito, la excepción en referencia.

Tradicionalmente se ha venido afirmando que la norma en comentario simplemente reconoce los efectos de una obligación natural voluntariamente cumplida. Resulta sin embargo muy peculiar y anómalo que del incumplimiento por el testador de normas de orden público –como lo son las concernientes a las solemnidades del testamento– pueda resultar una obligación natural a cargo del heredero *ab intestato* de ese causante.

Se ha sostenido también que las solemnidades concernientes al otorgamiento de testamentos, han sido fundamentalmente consagradas por el legislador, en beneficio y protección de los familiares del causante –que serían sus sucesores legítimos– motivo por el cual es razonable que luego de abierta la sucesión, se admita que dichas personas puedan renunciar a la protección que la ley les brinda. Esta explicación, sin embargo, tiene varias fallas: por una parte, es sabido que nadie puede renunciar a las leyes en cuya observancia está interesado el orden público (art. 6° CC), como son las atinentes a las formalidades testamentarias; en segundo término, dichas solemnidades han sido establecidas por el legislador, a nuestro modo de ver, con miras a proteger la libertad del propio causante, más que en interés del sucesor *ab intestato* (*supra*, n° 25, 4); aparte de que la confirmación del testamento nulo por defecto de forma, no siempre corresponde al heredero intestado del causante, pues a veces debe ser llevada a cabo por el instituido en otro testamento, como veremos poco más adelante.

Igualmente se ha opinado que la facultad que se da al beneficiario de la herencia, a los fines de que pueda ratificar válidamente el testamento nulo por vicio de forma, después de abierta la sucesión del testador, se explica como un medio para no hacer recaer sobre

11 En el aludido caso estaríamos en presencia de la situación a que se refiere el art. 1.004 CC: "La donación, cesión o enajenación hecha por el heredero a un extraño, a sus demás coherederos o a algunos de ellos, de sus derechos hereditarios, envuelve su aceptación de la herencia"(*infra*, n° 93-B, *in fine*).

el instituido en ese testamento, las consecuencias de una culpa que no es suya, sino del causante: la de haber incumplido las normas sobre formalidades testamentarias. Contra ello se puede igualmente argumentar que el interés social, amparado por una norma legal de orden público, no puede ceder ante un simple interés particular.

Así mismo se ha dicho que la regla del art. 1.353 CC se basa en la idea de que la disposición de última voluntad contenida en un testamento viciado en su forma, equivale a una institución hecha bajo la condición suspensiva de que ella sea ratificada por quien habría de ser el beneficiario de la herencia en caso de nulidad del testamento. Pero ello resulta inadmisible, puesto que esa supuesta disposición condicional no será entonces otra cosa que la institución de una persona cuya designación se deja al arbitrio de un tercero, que es uno de los varios casos de indeterminabilidad del instituido, lo que –a su vez– es causa de nulidad de la disposición de última voluntad (ord. 2° del art. 898 CC) (*supra*, nos. 56-B, A y 78-A).

Finalmente, se ha tratado de formular una explicación cuasi algebraica a la regla en comentario, según la cual el testamento es válido cuando representa la voluntad del causante unida, ya sea a determinadas solemnidades de ley o bien, a la voluntad ratificadora de la persona a quien correspondería la herencia en defecto de tales formalidades. Sin embargo, la ecuación en cuestión no pasa de ser una simple especulación teórica que carece de toda base y sentido legales; además de que si se trata de testamento absolutamente nulo por defecto de forma, no existe substrato alguno que pueda dar fundamento a una confirmación o ratificación[12].

Sea lo que fuere, para que pueda hablarse de confirmación, ratificación o ejecución voluntaria de un testamento nulo por defecto de forma, son necesarios varios requisitos:

i. La ratificación, confirmación o ejecución voluntaria, como lo dice el texto legal, tiene que ser llevada a cabo por *quien habría de ser el heredero* del causante como consecuencia de la nulidad del testamento en cuestión.

Normalmente se tratará del heredero *ab intestato* del testador, pero no necesariamente tiene que ser así: si –por ejemplo– con el testamento nulo se revoca un testamento anterior, la persona que podría ratificar válidamente ese testamento nulo, es el heredero –si lo había– instituido en el anterior testamento del causante y no al heredero intestado de éste.

La doctrina está de acuerdo en que si fueren varios los titulares de la herencia, en caso de nulidad del testamento por vicio de forma y sólo alguno o algunos de ellos –pero no todos– confirman o ratifican el acto de última voluntad, tal convalidación únicamente afecta a quienes la llevaron a cabo pero no a las otras personas que no intervinieron en la misma[13].

12 En relación con las aludidas distintas teorías que pretenden explicar la norma legal en comentario, *cfr.*: Polacco, *op. cit.*, T. I, pp. 612-620, texto y notas.

13 Al respecto, *cfr.*: Cicu, *op. cit.* (*Testamento*), p. 132; Planiol & Ripert, *op. cit.*, T. V, n° 704, pp. 761-762; De Page, *op. cit.*, T. VIII-I, n° 480, C, 1°, p. 569; Dominici, *op. cit.*, T. III, p. 116.

Desde luego, la confirmación o ratificación del testamento nulo por defecto de forma, jamás compete al propio causante, puesto que se trata de un caso de nulidad absoluta del acto de última voluntad (*supra*, nº 78A). Sin embargo, nada le impide otorgar otro testamento idéntico, acatando las correspondientes disposiciones legales relativas a la solemnidad del acto, con lo cual dejaría corregida la situación.

ii. La ratificación, confirmación o ejecución voluntaria, sólo puede efectuarse –como también lo expresa la norma en comentario– *después de la muerte del testador*.

Evidentemente el heredero no puede ejecutar voluntariamente el testamento del causante, antes de abrirse la sucesión de éste, ya que para entonces carece de todo derecho respecto del patrimonio del causante. Y tampoco le es dado convalidar, confirmar o ratificar en vida del causante, el testamento otorgado por él –nulo por defecto de forma– toda vez que ello significaría una renuncia a la herencia de una persona viva, prohibida por el art. 1.022 y por el ap. del art. 1.156 CC, que son normas de orden público (*supra*, nº 5, C; *infra*, nos. 86 y 112).

iii. La confirmación o ratificación del testamento nulo por defecto de forma, puede ser expresa o tácita, pero tiene que ser *clara*: la ejecución voluntaria del acto de última voluntad es el medio más evidente y simple de confirmarlo tácitamente.

iv. Además, para que sea eficaz dicha ratificación, confirmación o ejecución voluntaria, es indispensable que la persona que la lleva a cabo proceda con ánimo de convalidar dicho acto de última voluntad, es decir *a sabiendas del vicio* que lo afectaba de nulidad (aplicación analógica del primer ap. del art. 1.351 CC).

En cuanto a la demostración de esa circunstancia, cuando ello fuere necesario, la doctrina generalmente se pronuncia en el sentido de que se trata de una carga de la parte que alega la ratificación, confirmación o ejecución voluntaria del testamento, por aplicación de las reglas generales del derecho probatorio[14]. Cabe sin embargo señalar que con frecuencia, los mismos actos confirmatorios suelen poner de manifiesto que quien los llevó a cabo conocía el vicio del testamento.

v. Para que pueda confirmarse, ratificarse o ejecutarse voluntariamente un testamento nulo por defecto de forma, es indispensable que exista al menos algún *substrato formal de testamento*: por esa razón no es convalidable el testamento meramente oral[15].

14 Al respecto, *cfr.*: PacificiMazzoni, *op. cit.*, T. VII, nº 89, p. 184; Ricci, *op. cit.*, T. VIII, nº 259, pp. 263-265; Planiol & Ripert, *op. cit.*, T. V, nº 704, p. 761; De Page, *op. cit.*, T. II, nº 801, A, p. 724; etc. *Contra*: Polacco, *op. cit.*, T. I, pp. 622-623.

15 En el mismo sentido, *cfr.*: Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. VII, nº 89, pp. 181-182; Polacco, *op. cit.*, T. I, p. 621; Cicu, *op. cit.* (*Testamento*), pp. 39-41. *Contra*: De Page (*op. cit.*, T. VIII-2, nº 935, p. 10-84), quien opina que incluso puede convalidarse el testamento verbal.

vi. La norma en comentario no habla, en realidad, de confirmación o de ejecución voluntaria de *testamento* nulo por defecto de forma, sino de *disposiciones testamentarias*. Es evidente, no obstante, que se refiere a los actos mismos de última voluntad, puesto que las disposiciones testamentarias, en sí y de por sí, no requieren solemnidad alguna adicional a las de aquéllos (*infra*, nº 56-A). Pero esa manera de redactar empleada por el legislador, pone de manifiesto que tal convalidación o ejecución voluntaria, puede ser *total* o *parcial*.

En efecto, el heredero bien puede confirmar o ejecutar voluntariamente determinada disposición de un testamento nulo por defecto de forma, sin que por ello pueda considerarse que igualmente ha ratificado las restantes disposiciones del acto en cuestión. De manera que para que haya convalidación total, es indispensable que dicho heredero confirme o ejecute voluntariamente todas y cada una de las previsiones del testador[16].

## 79. La revocación

La revocación es la pérdida de la eficacia jurídica de un testamento o de una disposición testamentaria, por voluntad del propio testador. Como sabemos, el derecho del testador de revocar en todo momento su acto de última voluntad, es materia de orden público y, por consiguiente, no puede ser renunciado ni restringido en forma alguna (ap. del art. 990 CC) (*supra*, nº 25, 6).

Existen tres tipos o formas de revocación de las disposiciones testamentarias: la revocación *expresa*, la revocación *tácita* y la revocación *presunta o legal*.

### 79-A. La revocación expresa

Consiste en una declaración solemne y explícita del testador, hecha con la finalidad de dejar sin efectos, en todo o en parte, un testamentario anterior suyo. En consecuencia, puede ser *total o parcial* (art. 991 CC).

En estricto rigor terminológico, la revocación total (expresa), es la revocación del testamento; en cambio, cuando se trata de revocación parcial (expresa), es más apropiado hablar de revocación de una o más disposiciones testamentarias.

La revocación expresa, total o parcial, es *solemne*: sólo puede hacerse mediante un nuevo testamento (art. 990 CC); es evidente, sin embargo, que al efecto puede utilizarse cualquiera de las formas de testar autorizadas por la ley (Sección Tercera del Capítulo II, Título II, Libro Tercero CC –arts. 849-881 CC–: *supra*, Capítulo VII), aunque no se trate de la misma que se empleó en el testamento de cuya revocación se trata. Dicha revocación, además, es *explícita*, es decir, la hace el testador abierta

---

16 En el mismo sentido, *cfr.*: Ricci, *op. cit.*, T. VIII, nº 257, pp. 261-262; Cicu, *op. cit.* (*Testamento*), p. 132.

y claramente; por tal motivo, se aprecia con la simple lectura de su declaración, sin necesidad de razonamiento adicional alguno. Se admite, sin embargo, que la revocación expresa puede ser condicional[17].

Precisamente porque la revocación expresa tiene que constar en un testamento, la misma está en un todo sometida a las reglas legales de forma y de fondo atinentes a los testamentos y a las disposiciones de última voluntad; y si dichas normas son violadas, la revocación es nula (absoluta o relativamente, según el caso) y por consiguiente, ineficaz (*supra*, nos. 78 a 78-B); por lo que entonces no puede afectar, en forma alguna, al testamento o a la disposición testamentaria que se pretendía revocar (salvo que la nulidad de la revocación sea por vicio de forma y la persona que habría de beneficiarse como consecuencia de ello, decidiera confirmar, ratificar o ejecutar voluntariamente el testamento que la contiene, de acuerdo con lo previsto en el art. 1.353 CC: *supra*, nº 78-C).

Por el contrario, la circunstancia de que resulte ineficaz el testamento que contiene la revocación total o parcial de un testamento anterior, por causa de *incapacidad* o de *renuncia* de los herederos o de los legatarios instituidos en aquél, no afecta ni altera la revocación del testamento precedente (art. 992 CC), salvo, desde luego, que el testador establezca otra cosa. Por ejemplo: En un primer testamento, el causante ha instituido a AA y a BB como sus únicos y universales herederos; y en un testamento posterior, el mismo causante revoca de manera expresa su primer testamento e instituye como su único y universal heredero a XX. Si XX repudia la herencia en cuestión, AA y BB *no* son llamados a la sucesión de ese causante, pues la revocación del testamento donde ellos fueron instituidos no queda borrada por la renuncia del heredero designado en el testamento por el cual el *de cujus* revocó su primer acto de última voluntad.

La revocación del testamento o de disposiciones testamentarias, puede –a su vez– ser revocada: en tal hipótesis el testamento precedente recupera su validez y eficacia, total o parcialmente, según se trate (últ. ap. del art. 991 CC), salvo voluntad en contrario del testador: este fenómeno se denomina *reviviscencia* del testamento anterior. Como la revocación tiene que constar en testamento (art. 990 CC), su eventual revocación sólo puede llevarse a cabo mediante otro testamento; por lo demás, es evidente que la revocación de la revocación total o parcial de un testamento, tiene que ser *expresa*.

Finalmente, la ineficacia del testamento o de las disposiciones contenidas en el mismo, resultante de la revocación expresa (total o parcial) de dicho acto, opera sin que sea necesario interponer acción alguna al respecto y sin que se requiera pronun-

---

17 Al respecto, *cfr.:* Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. VIII, nº 132, pp. 341-342; Ricci, *op. cit.*, T. VIII, nº 240, pp. 220-221; Polacco, *op. cit.*, T. I, pp. 626-629, en nota (1).

ciamiento judicial sobre el particular (a diferencia de lo que acontece en materia de nulidad del testamento o de las disposiciones de última voluntad).

## 79-B. La revocación tácita

Deriva de ciertos actos del testador que implican su voluntad de dejar sin efectos, total o parcialmente, un testamento anterior, pero sin que haya declaración explícita suya en ese sentido.

En la legislación venezolana existen cuatro formas de revocación tácita del testamento o de disposiciones testamentarias: la revocación implícita en testamento posterior; la destrucción de ciertos tipos de testamento; la enajenación por el testador del bien objeto del legado; y la transformación por el testador de la cosa legada.

1. La *revocación implícita en testamento posterior* se produce, únicamente, respecto de las disposiciones del testamento anterior que son contrarias o incompatibles con las del nuevo. En consecuencia, mantienen plena validez y eficacia todas las disposiciones del testamento antiguo, que no sean contrarias ni incompatibles con las contenidas en otro más reciente del mismo testador (primer ap. del art. 991 CC). Como puede apreciarse, pues, esta forma de revocación tácita puede ser *total* o *parcial*, según que afecte la totalidad o sólo parte de las disposiciones contenidas en un anterior testamento del causante (aunque en la generalidad de los casos se tratará de sólo una revocación parcial).

Se dice que dos disposiciones testamentarias son *contrarias* entre sí, cuando la ejecución de ambas es materialmente imposible. *V. gr.*: En un testamento, el testador lega a cierta persona, determinado crédito suyo contra otra persona; y en un testamento ulterior, dicho testador hace al deudor del mismo crédito en referencia, legado de liberación de su deuda (en tal caso sólo subsiste dicho legado de liberación de la deuda, que figura en el testamento más reciente, quedando tácitamente revocado el legado del crédito, contenido en el testamento más antiguo).

Hay *incompatibilidad* entre dos disposiciones testamentarias cuando la imposibilidad de ejecutarlas ambas, sólo resulta de la voluntad del testador. *V. gr.*: En un testamento, el testador instituye a determinada persona, como su *único* y *exclusivo* heredero; y en otro testamento posterior, dicho testador instituye a otra persona diferente como su *único* y *exclusivo* heredero (en este caso únicamente subsiste la institución de heredero que parece en el testamento más reciente, quedando tácitamente revocada la institución universal hecha en el testamento más antiguo).

En cambio, siempre que sea posible ejecutar las disposiciones de un testamento más reciente junto con las contenidas en otro más viejo, éstas últimas no quedan revocadas por aquéllas, sino que en tal caso coexisten válidamente las disposiciones de ambos actos de última voluntad. Aclaremos lo dicho con algunos ejemplos.

En un testamento el causante dispone: "Lego a NN, el inmueble donde resido"; y en otro testamento posterior, establece: "Lego a SS, el inmueble donde resido". En un testamento, el causante instituye: "Designo a AA como mi universal heredero"; y en un testamento ulterior, dice: "Instituyo a BB como mi universal heredero".

En el primero de esos dos ejemplos, el legado contenido en el primer testamento no queda revocado por el legado que aparece en el segundo acto de última voluntad, pues ellos no son contrarios ni incompatibles entre sí: se debe considerar que NN y SS han sido instituidos legatarios, de por mitad, del inmueble donde residía el testador. En el segundo de dichos ejemplos, la institución de heredero que se hace en el último testamento, tampoco revoca a la hecha en el primero de ellos, puesto que no son contrarios ni incompatibles entre sí: se debe considerar que AA y BB han sido instituidos, ambos, universales herederos del causante[18].

A la forma de revocación tácita del testamento a que nos estamos refiriendo, también se aplica la previsión del art. 992 CC: el anterior acto de última voluntad queda total o parcialmente revocado, según el caso, aunque el nuevo testamento que determina tal revocación quede –a su vez– sin efectos, por causa de *incapacidad* o de *renuncia* de los herederos o de los legatarios instituidos en el último (salvo, naturalmente, disposición en contrario del testador).

Por lo demás, la revocación tácita del testamento o de disposiciones testamentarias, por un testamento ulterior, puede ser también revocada, caso en el cual el testamento precedente recupera su validez y eficacia, total o parcialmente, según se trate (últ. ap. del art. 991 CC), a menos que el testador disponga otra cosa. Ya sabemos que a ello se denomina *reviviscencia* del testamento anterior. Tal revocación de la revocación tiene siempre que ser *expresa* y, por ello es necesario que se haga mediante testamento (art. 990 CC).

2. La *destrucción del testamento* puede o no determinar la revocación *total* del testamento, según la especie o el tipo de acto de última voluntad que se haya otorgado.

Cuando el contenido del testamento no está oficialmente asentado fuera del propio documento que lo contiene y dicho instrumento se encuentra en poder del mismo testador, basta que él lo destruya para que su acto de última voluntad quede revocado.

En cambio, cuando por mandato legal el texto del acto de última voluntad debe ser transcrito en determinada oficina pública, la circunstancia de que el testador destruya el documento original contentivo de su testamento no produce la revocación, puesto que en la aludida oficina siempre existirá el asiento o el registro del mismo, que no queda afectado en forma alguna por el hecho de la destrucción del original.

18 En definitiva pues, es un simple problema de interpretación de la verdadera voluntad del testador, por lo que debe procederse al respecto con el mayor cuidado. Por otra parte, como se trata de cuestiones de hecho, su apreciación corresponde exclusivamente al juez de instancia.

Y si no existe la transcripción o asiento del testamento en una oficina pública, pero el ejemplar original del mismo no se encuentran en poder del testador, éste no puede –de hecho– llevar a cabo su destrucción, por lo que no le es posible revocarlo de esa manera.

En consecuencia, la revocación del testamento por destrucción del documento que lo contiene, únicamente puede funcionar en los siguientes casos:

i) Cuando se trata de testamento ordinario abierto, *otorgado sin protocolización ante un notario* (arts. 853 y 854 CC), destruido *antes de su inscripción* a posteriori, ordenada por el últ. ap. del art. 854 CC (*supra*, n° 34-B).

ii) Cuando se trata de testamento ordinario abierto, *otorgado ante cinco testigos sin la concurrencia de un notario* (arts. 853 y 855 CC), destruido *antes de su reconocimiento por los testigos y por el testador, si viviere y no estuviere imposibilitado de hacerlo*, según lo exigen el art. 855 CC y el art. 920 CPC (*supra*, n° 34-C).

iii) Cuando se trata de testamento ordinario *cerrado* (arts. 851 y 857 CC), que es luego destruido. Igualmente produce la revocación tácita de este tipo de testamento, su *apertura* hecha de manera o en oportunidad diferente de la exigida por los arts. 986 a 989 CC; así como también *la violación o la alteración de sus sellos* (regla 1ª del art. 857 y art. 988 CC: *supra*, nos. 35 y 42).

iv) Cuando se trata de testamento especial, *otorgado donde reina epidemia contagiosa y grave* (arts. 865 y 866 CC), destruido *antes de la inscripción notarial del mismo*, exigida por el ap. del art. 866 CC (*supra*, n° 39, 1).

v) Finalmente, cuando se trata de testamento *otorgado en el extranjero según las formalidades de la lex loci* (art. 879 CC), si éstas no exigen que su texto quede asentado en una oficina pública o notarial y el instrumento que lo contiene es destruido *antes de su protocolización o inscripción* en el respectivo país extranjero o en Venezuela (*supra*, n° 40)[19].

3. La *enajenación del bien objeto del legado hecha por el testador*, se interpreta legalmente como una revocación tácita del legado, en todo cuanto esté comprendido en tal acto de disposición; y ello, aunque éste sea nulo o a pesar de que el bien en cuestión vuelva a ingresar, por cualquier causa, al patrimonio del testador (art. 955 CC).

---

19 Conviene tener en cuenta que el testamento revocable por su autor, mediante la destrucción total o parcial del documento que lo contiene, o mediante la alteración de su cubierta o de sus sellos, también queda privado de efectos cuando tales actos son llevados a cabo por un tercero, si bien ello constituye delito penal (art. 325 CP), salvo que el tercero haya procedido de acuerdo con instrucciones del testador.

Esa revocación deriva de cualquier acto de enajenación de la cosa legada, llevado a cabo por el testador, ya sea a título oneroso o a título gratuito, independientemente de cuales hayan sido las razones o motivos que lo hayan inducido al respecto[20].

Pero si la cosa legada no se encuentra en el patrimonio hereditario para la fecha de apertura de la sucesión, por motivos diferentes de la voluntad del causante (*v.gr.*: prescripción adquisitiva consumada en favor de un tercero, expropiación, robo, hurto, etc.), el legado también queda sin efectos, pero no ya como consecuencia de su revocación tácita, sino por razón de la caducidad de la institución (art. 957 CC) (*infra*, nº 80, II, *in fine*). Tampoco se produce dicha revocación cuando el testador se ha limitado a gravar el bien objeto de la institución, sino que en tal situación se aplican las reglas establecidas al respecto en el art. 941 CC, que estudiamos en su oportunidad (*supra*, nº 66, 3).

Se trata de una revocación *parcial* del testamento, pues no afecta a todas sus diposiciones, sino única y exclusivamente a la que contiene el legado en cuestón. Pero a su vez, la revocación de dicha disposición de última voluntad puede ser total o parcial, según que la enajenación efectuada por el el causante comprenda la totalidad del bien objeto del legado o solo parte del mismo.

Cuando se ha instituido un legado alternativo y el testador sólo ha enajenado alguno o algunos de los bienes objeto del mismo, pero no todos éstos, el legado subsiste por lo que concierne a los que aún queden (art. 958 CC).

Existen, sin embargo, dos casos excepcionales en los que la enajenación de la cosa legada no determina la revocación de la institución:

i) Si el testador enajenó en favor del propio legatario el bien objeto del legado, por *acto a título oneroso*, dicho instituido tiene derecho a que se le reintegre el precio que pagó por la cosa en referencia (ap. del art. 908 CC): de manera que, en tal hipótesis, el objeto del legado pasa a ser una cantidad equivalente a ese precio (pero si la enajenación fue a título gratuito, el legatario no tiene derecho a recibir nada más, lo que viene a ser una aplicación de la regla *nam traditum est, duas lucrativas causas in eundem hominen et in eandem rem concurrere non posse*) (*supra*, nº 63-A, c). El legislador considera, pues, que el *de cujus* simplemente quiso adelantar al legatario instituido, el goce y disfrute de la cosa objeto del legado, pero sin ánimo de empobrecerse en vida.

ii) Si el testador enajenó con pacto de retracto el bien objeto del legado y *lo rescata en vida*, la disposición no se considera revocada (art. 956 CC). Dentro de la misma hipótesis de venta con pacto de retro, si el rescate no se ha producido para la fecha de apertura

---

20 La situación era radicalmente distinta en el Derecho Romano. En el mismo, sólo la enajenación de la cosa legada por acto a título gratuito, se consideraba siempre como determinante de la revocación de la institución particular; su enajenación por acto oneroso no determinaba la revocación del legado, sino cuando se la efectuaba con intención revocatoria, no así si el testador la llevaba a cabo por necesidad. Al respecto, *cfr.*: *Digesto*, XXXIV, IV, 18; *Institutas*, II, XX, 12.

de la sucesión del causante, pero no ha expirado aún el término para llevarlo a cabo, el legado vale únicamente por el derecho de recompra del bien en cuestión, pero sin incluir el precio que debe pagarse para ejercerlo (ap. del art. 956 CC).

4. La transformación de la cosa legada hecha por el testador, también la considera el legislador como una revocación tácita del legado, siempre que afecte la esencia misma del bien en cuestión: es decir, si éste pierde su forma anterior y su primitiva denominación (ap. del art. 955 CC). Por ejemplo, si el objeto del legado era determinado lote de terreno propiedad del causante y él construye allí un edificio; o si lo eran unos lingotes de plata que el testador tenía en su patrimonio y dicho causante los funde, para hacer una estatua.

De manera que no se produce la revocación del legado, si la transformación de la cosa no la ha efectuado el testador (*v.gr.*: los lingotes de plata del ejemplo anterior, se han fundido como consecuencia de un incendio: en ese caso el objeto del legado continúa siendo la plata resultante de la fundición de los lingotes, si queda algo de ella y, en caso contrario, el legado es ineficaz pero no por revocación, sino en virtud de la disposición contenida en el art. 906 CC – *supra*, nº 63-D); o si tal transformación no afecta la esencia propiamente dicha del bien objeto del legado (*v. gr.:* la cosa legada era determinada piedra preciosa perteneciente al testador y éste la ha hecho engastar en un anillo o en una sortija: en ese caso el legado continúa siendo válido por la piedra preciosa, con el anillo o sortija que es su accesorio – *supra*, nº 66, 2, c).

La transformación del bien objeto del legado sólo significa una revocación parcial del testamento, ya que en modo alguno afecta a todas sus disposiciones, sino sólamente a la que contiene el legado en cuestión. Pero a su vez, la revocación de dicha disposición de última voluntad puede ser *total* o *parcial*, según que la transformación efectuada por el causante comprenda la totalidad del objeto del legado o sólo parte del mismo (*v.gr.*: continuando con el legado de los lingotes de plata propiedad del testador, si éste sólo transforma en estatua una parte de ellos, el legado no queda revocado en cuanto concierne a los restantes; o, en el caso del legado del lote de terreno, si el testador sólo ha utilizado parte del mismo para la construcción del edificio, el legado vale por la porción que queda).

Cuando se trata de un legado alternativo y el testador sólo ha transformado alguno o algunos de los bienes objeto del mismo, pero no todos éstos, el legado subsiste por lo que concierne a los que aún conserven su naturaleza original (art. 958 CC).

La ineficacia del testamento o de las disposiciones contenidas en el mismo, resultante de su revocación tácita (total o parcial), también opera sin que sea necesario interponer acción alguna al respecto y sin que se requiera pronunciamiento judicial sobre el particular.

## 79-C. La revocación presunta o legal

Es también *revocable* el testamento, *por la superveniencia o por la aparición de hijos o descendientes del testador.* Sin embargo, a diferencia de las causas de la revocación expresa y de la revocación tácita, dichas superveniencia y aparición de descendientes no producen *ope legis* la revocación del acto de última voluntad, sino que sólo determinan su *revocabilidad*, es decir, la posibilidad de dejarlos sin efectos, mediante la interposición de una acción judicial (arts. 951 y 952 CC)[21].

La revocación del testamento por superveniencia de hijos tiene su origen en el Derecho Romano: testamento *ruptum* por agnación de un heredero suyo y necesario[22]. Como sabemos [*supra*, nº 56-A, en nota (1)], en Roma era indispensable que el testador nombrara en su acto de última voluntad a todos sus hijos, ya fuera para instituirlos o para desheredarlos, pues de lo contrario el mismo no era válido[23]. Ahora bien, como el *de cujus* no podía nombrar en su testamento a los hijos que no existían aun para la fecha del otorgamiento, en caso de que le sobreviniera alguno con posterioridad, el acto se hacía ineficaz.

Del Derecho Romano, esa forma de revocación pasó a algunos CC regionales de la península itálica, promulgados después de la caída de Napoleón, de donde –a su vez– la tomó el CC italiano de 1865. Empero, la previsión se fundamentaba ahora en la interpretación de la voluntad presunta del testador: se pensó que el causante que no tenía o que creía no tener descendientes, no habría dispuesto en su testamento, de la manera como lo hizo, si hubiera sabido que tenía o que iba a tener descendencia.

A su vez, el CC venezolano de 1873, lo copió del referido CC de Italia[24].

---

21 Dicha situación (la superveniencia y la aparición de descendientes sólo determina la revocabilidad, mas no la revocación automática del testamento), sólo surge en Venezuela con el CC de 1916 (arts. 942 y 943), ya que en los anteriores, la referida forma de revocación del testamento funcionaba *ope legis*, como la revocación expresa y la tácita (art. 856 CC de 1904; art. 850 CC de 1896; art. 829 CC de 1880; art. 824 CC de 1873). El legislador de 1916, a su vez, tomó tales ideas de un trabajo que sobre el particular había publicado el Prof. A. Ascoli, en la *Rivista di Diritto Civile* (al respecto, *cfr.*: Pietri, *op. cit.*, pp. 250-254, en nota). Sin embargo, tanto en el CC italiano de 1865 (art. 888), como en el de 1942 (art. 687), la superveniencia o la aparición de descendientes acarrea la revocación de derecho del testamento. Por lo demás, muchas legislaciones, como las de España, Francia, etc., no reconocen esta forma de revocación de los actos de última voluntad, ya que estiman que por ser el testamento esencialmente revocable (contrariamente a lo que sucede con la donación), su autor puede proceder a dejarlo sin efecto siempre que así lo desée, por lo que no existe motivo razonable alguno para que la ley tenga que presumir su voluntad al respecto en determinados casos.

22 *Institutas*, II, XIII, pr.

23 *Institutas*, II, XIII, 1.

24 Cabe observar que la ineficacia del testamento por superveniencia de descendientes,también es admitida por el CC alemán (art. 2.079), pero allí no es causa de revocabilidad del acto de última voluntad, sino de nulidad relativa del mismo, por considerarse que el disponente incurrió en el error obstativo.

Tenemos, pues, que la revocabilidad del testamento por la superveniencia o por la aparición de hijos o ulteriores descendientes del testador, se fundamenta en que el legislador la presume querida o deseada por el causante: supone que éste no querría preferir a las personas que instituye, respecto de sus propios hijos. De ahí que esta forma de revocación se denomine *legal o presunta.*

Hay superveniencia de hijos o descendientes, si el testador no los tenía cuando otorgó su acto de última voluntad, sino que fueron concebidos o nacieron después; hay aparición de hijos o descendientes, cuando el testador al otorgar su testamento, sabía que habían nacido pero creía que habían muerto o que habían desaparecido después, lo cual resulta no ser cierto.

El art. 951 CC señala que la revocabilidad presunta del testamento la determina la existencia o la aparición de hijos o descendientes del causante. Ahora bien ¿de cuáles hijos o descendientes se trata? De la interpretación conjunta de los arts. 822 y 829 CC y de los arts. 425-426 LOPNA, resulta claro que en la legislación venezolana vigente, los hijos matrimoniales (legítimos), los hijos extramatrimoniales (ilegítimos) y los hijos adoptados en adopción actual, tienen idénticos derechos sucesorales respecto de sus padres de sangre o por adopción y en relación con los ascendientes de éstos; y que exactamente lo mismo acontece a los hijos adoptados en adopción antigua, en relación con sus padres adoptantes (pero no con los ascendientes de éstos). Por lo tanto, es evidente que la revocabilidad legal del testamento puede derivar de la superveniencia o de la aparición de cualquiera de tales hijos; así como también de la superveniencia o de la aparición de cualquier descendiente de un hijo matrimonial (legítimo), extramatrimonial (ilegítimo) o adoptado en adopción actual. En cambio, no es determinada por la superveniencia o por la aparición de un ulterior descendiente de un hijo adoptado en adopción antigua por el testador, ya que entre tal descendiente del adoptado y el causante, no existe vínculo alguno de familia (art. 58 de la Ley de Adopción de 1983; art. 62 de la Ley de Adopción de 1972; art. 256 CC original de 1942), razón por la cual no es ni puede ser considerado como descendiente suyo.

Para que pueda ser revocado el testamento, por superveniencia o por aparición de hijos o ulteriores descendientes del testador, son indispensables los siguientes requisitos o condiciones, casi todos ellos previstos en el art. 951 CC:

1. Que el causante, para el momento de otorgar su testamento, *creyera no tener hijo o descendiente alguno.* Si el causante sabe que tiene algún o algunos hijos o descendientes, pero ignora la existencia de otro u otros, sea porque no existían cuando testó o porque los creía muertos o desaparecidos y luego, alguno o algunos de estos últimos son concebidos, nacen o aparecen, ello no determina la revocabilidad del acto de última voluntad, toda vez que el *de cujus* sabía perfectamente que tenía descendencia, aunque ignorara la existencia de tales hijos o descendientes adicionales.

Ello se explica, precisamente, en razón de que la forma de revocación que ahora nos ocupa, se basa y fundamenta en la presunción de la voluntad del testador: si él estaba consciente de que tenía descendencia y no obstante testó como lo hizo, la circunstancia de que sean concebidos, nazcan o aparezcan posteriormente descendientes adicionales suyos, ya no constituye motivo que permita pensar que él habría querido dejar sin efecto su acto de última voluntad, como consecuencia de esas ulteriores concepciones, nacimientos o apariciones. En tales casos, por consiguiente, los nuevos hijos o descendientes simplemente tienen el derecho a la legítima que legalmente le corresponda, pero no a exigir la revocación del testamento[25].

Por lo demás, la doctrina estima –con toda lógica– que a los efectos de la revocación tácita del testamento, no deben ser tomados en cuenta los hijos o descendientes del causante que existan para la fecha del otorgamiento del testamento, pero que sean incapaces de sucederle: es decir, que la existencia o la aparición de dichos incapaces no determina la revocabilidad del acto de última voluntad[26].

2. Que la existencia o la superveniencia de uno o más hijos o descendientes del testador, *sea descubierta o se verifique después de la muerte del mismo.*

De manera que si en la fecha de otorgamiento del testamento el *de cujus* ignora tener hijos o descendientes y posteriormente –pero antes de morir– le sobreviene alguno o llega a conocer su existencia, el testamento no es entonces revocable, puesto que su revocación por otro acto de última voluntad pudo ser efectuada por el causante y sin embargo éste no lo hizo; lo cual pone en evidencia que tal sobreveniencia o descubrimiento de hijos o descendientes, después de hecho el testamento, no puede ya presumirse como determinante de un cambio en la última voluntad del testador. En ese caso, los hijos o descendientes en cuestión, conservan –desde luego– el derecho a reclamar su legítima[27].

3. Que los hijos del testador, sobrevenidos o descubiertos después de la muerte de aquél, *sobrevivan –a su vez– al causante.* Este requisito o condición no aparece expresamente consagrado en el CC venezolano vigente; sin embargo, nos parece indiscutible.

25 Tal es el criterio generalizado de la doctrina. Al respecto, *cfr.:* Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. VIII, nº 155, pp. 424-425; Ricci, *op. cit.*, T. VIII, nº 251, p. 251; Polacco, *op. cit.*, T. I, p. 646; Dominici, *op. cit.*, T. II, p. 208. Sin embargo, hay quienes sostienen la tesis contraria; al respecto, *cfr.:* Gangi, citado por Polacco [*op. cit.*, T. I, pp. 646-647, en nota (9)]; Cicu, *op. cit.* (*Testamento*), pp. 224-225.

26 Al respecto, *cfr.:* Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. VIII, nº 154, pp. 422-423; Ricci, *op. cit.*, T. VIII, nº 252, p. 258. Ese criterio doctrinal ha sido acogido por el CC italiano de 1942 (art. 687).

27 Este requisito o condición de la revocación presunta o legal del testamento, es esencialmente diferente en nuestro Derecho Civil, que en la legislación italiana. Al respecto, el CC (italiano) de 1865 (art. 888) y el CC (italiano) de 1942 (art. 687), no exigen que la superveniencia o el descubrimiento del hijo o descendiente tenga que verificarse *después* del fallecimiento del testador, sino que basta que ello suceda luego de otorgado el acto de última voluntad. Coincidimos con Ascoli en considerar preferible nuestra normativa (al respecto, *cfr.:* Polacco, *op. cit.*, T. II, pp. 644-645; Pietri, *op. cit.*, pp. 250-254, en nota).

En efecto, como la revocación legal se basa en que presumiblemente el testador no hubiera dispuesto como lo hizo, de saber que tenía unos hijos o descendientes cuya existencia ignoraba, en caso de que dichos hijos o descendientes no pueden sucederle –por haber premuerto– ya no hay razón alguna para pensar que el causante habría testado de manera diferente[28].

4. Que el testador *no haya previsto el caso de la existencia o superveniencia de hijos* en el mismo testamento o en otro acto anterior o posterior de última voluntad, no revocado expresa ni tácitamente. En efecto, si el causante ha previsto la situación en referencia en su testamento, carecería de todo sentido que la ley pretendiera interpretar su voluntad presunta en forma distinta de lo que indica su intención expresa.

Un sector doctrinario estima que la "previsión"de la situación a que se refiere el legislador, significa que el causante debe hacer alguna institución en favor del eventual hijo o descendiente que pueda surgir o aparecer al testador[29]. Pero esa tesis es a todas luces absurda y *contra lege*, tanto más cuanto que al hijo o descendiente en cuestión siempre habrá de corresponderle su legítima; de ahí que sea necesario concluir que basta que el testador indique que sus disposiciones testamentarias se deben mantener, aunque luego le sobrevenga o le aparezca algún hijo o descendiente, para que no pueda revocarse legalmente su acto de última voluntad por superveniencia o por aparición de hijos o descendientes, aunque nada se deje a éstos[30].

La acción de revocación del testamento, por superveniencia o por aparición de hijos o descendientes del testador, corresponde precisa y exclusivamente, a los hijos o descendientes sobrevenidos o aparecidos (art. 952 CC). Dicha disposición legal señala que la misma prescribe a los cinco años de haber tenido sus titulares conocimiento del testamento de cuya revocación se trata, "no pudiendo en ningún caso intentarse después de veinte años de la muerte del testador, salvo siempre la suspensión de la prescripción en favor de los menores".

---

28 Dicho requisito o condición, en cambio, sí figuraba de manera expresa en los CC de 1904 (art. 857), de 1896 (art. 851), de 1880 (art. 830) y 1873 (art. 825). Igual cosa sucede en los CC italianos de 1865 (art. 889) y de 1942 (art. 687).
A nuestro modo de ver, la circunstancia de que el requisito en cuestión desapareciera del texto legal, a partir del CC de 1916, no puede interpretarse como que el legislador hubiera tenido la intención de dejarla sin efecto, puesto que ello iría contra toda lógica. Consideramos que se trató, simplemente de que las normas sobre revocación presunta del testamento se copiaron a la letra, del texto que proponía Ascoli para sustituir los arts. 888 y 889 del CC italiano de 1865 (al respecto, *cfr.*: Pietri, *op. cit.*, pp. 252-254, en nota). Por lo demás, de la explicación de Ascoli no resulta en forma alguna que él pretendiera que la revocación presunta también debiera funcionar cuando el hijo o descendiente sobrevenido o aparecido, hubiera fallecido antes que el testador; antes por el contrario, él más bien deseaba que se aboliera o se restringiera dicha forma de revocación. Su intención fundamental en el texto que proponía, era hacer que esa revocación no funcionara *ope legis*, sino a solicitud judicial del interesado y sólo en caso de que la existencia o aparición del hijo o descendiente en cuestión tuviera lugar *después* de la apertura de la sucesión del causante.

29 En ese sentido, *cfr.*: Polacco, *op. cit.*, T.I, pp. 649-650; Sanojo, *op. cit.*, T. II, nº 329, p. 292.

30 Tal es el criterio general de la doctrina; al respecto, *cfr.*: Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, T. VIII, nº 160, pp. 429-431; Ricci, *op. cit.*, T. VIII, nº 252, p. 252; Cicu, *op. cit.* (*Testamento*), pp. 226-227.

Dichas previsiones, tomadas casi al pie de la letra del texto porpuesto por Ascoli para el CC italiano, a principios del siglo XX[31], son poco claras y en consecuencia, conviene explicar su alcance.

En primer lugar el legislador, a nuestro juicio, consagró respecto de la acción de revocación por superveniencia o por aparición de hijos o descendientes del testador, un término de prescripción y otro de caducidad. En efecto, el plazo de *cinco años* a contar desde la fecha cuando el hijo o descendiente sobrevenido o aparecido, tiene conocimiento del testamento otorgado por su padre o ascendiente, es indudablemente un lapso de *prescripción* de la acción en referencia: ésta se considera abandonada por su titular, si no es ejercida dentro de ese período (extinción de la acción por motivo subjetivo). Por el contrario, el término de *veinte años* que después se señala en la referida norma, es de *caducidad:* se trata de que la ley limita a ese lapso, la existencia misma del derecho de hacer revocar el testamento en los casos aludidos (extinción de la acción por motivo objetivo).

De ahí que la salvedad que se hace en la parte final del artículo, relativa a la suspensión de la prescripción en caso de que el titular de la acción sea un menor (ord. 1° del art. 1.965 CC), sólo se refería originalmente al término de cinco años contado desde la fecha cuando se conoció el testamento del padre o ascendiente; y en realidad nada tenía que ver con el lapso de veinte años, también señalado en la regla en comentario, puesto que –en principio– los lapsos de caducidad no se suspenden[32]. Por lo demás, debe tenerse presente que el término de prescripción de cinco años, primeramente aludido, no sólo se suspende cuando el titular de la acción de revocación es un menor, sino también cuando se trata de un entredicho (ord. 1° del art. 1.965 CC).

Ahora bien, no obstante lo anteriormente expresado, consideramos que según la legislación venezolana actualmente en vigor, también se suspende de manera excepciónal el curso del lapso de caducidad de veinte años, señalado en dicho art. 952 CC, cuando su titular es de menor edad y hasta tanto llegue a su mayoridad legal, como consecuencia de los principios de la prioridad absoluta y del interés superior de los derechos del niño y del adolescente, reconocidos por el art. 78 CN (30 de diciembre de 1999) y los arts. 7° y 8° LOPNA[33] (1° del abril de 2000).

31 Al respecto, *cfr.:* Pietri, *op. cit.*, p. 254, en nota.

32 La doctrina es unánime en el sentido de que los lapsos de caducidad no son susceptibles de suspensión; al respecto, *cfr.:* De Ruggiero, *op. cit.*, T. I, p. 336; N. Coviello, *Doctrina General del Derecho Civil,* trad. F. de J. Tena, UTEHA, México, 1949, no. 150, p. 536; Messineo, *op. cit.*, T. II, no. 13, p. 76; Planiol & Ripert, *op. cit.*, T. VII, no. 1402, p. 741; De Page, *op. cit.*, T. II, no. 806, p. 732; Borjas, op. cit., T. III, no. 283, pp. 115-116; etc., etc. Cabe además observar que la duración del aludido término de caducidad establecido por dicho art. 952 CC, carece de todo sentido en la legislación venezolana vigente.

33 Tal criterio explica la previsión del ap. del art. 440 LOPNA, según el cual el término de caducidad que la misma establece respecto de la acción de nulidad de la adopción, no corre para el adoptado sino desde la fecha cuando alcance su mayoridad.
Por otra parte, reciente jurisprudencia de Cas. se pronuncia en concordancia con nuestro expresado criterio; al respecto, *cfr.:* R&G, T. CCVIII, no. 240-04, pp. 696-701 (particularmente pp. 700-701).

La acción que nos ocupa se tramita por juicio ordinario y al ser declarada con lugar determina la ineficacia de todo el testamento del causante, incluyendo sus disposiciones universales y particulares. De ahí que la revocación legal o presunta del acto de última voluntad, es siempre *total*[34].

## 80. LA CADUCIDAD

La caducidad es la ineficacia del testamento o de disposiciones contenidas en el mismo, por causa sobrevenida después de otorgado aquél, distinta de la voluntad del propio testador.

Se diferencia de la nulidad porque la causa de ésta no es sobrevenida, sino que ya existe en el propio acto testamentario (*supra*, nº 78); y se distingue de la revocación en que no depende, como ella, de la voluntad del testador (*supra*, nº 79).

Hay dos tipos de caducidad de los actos de última voluntad: la que afecta a todo el testamento y la que sólo se refiere a determinadas disposiciones testamentarias. Cuando caduca el testamento, la ineficacia es *total*, pues priva de valor a todas las disposiciones contenidas en él; en cambio, la caducidad de las disposiciones testamentarias suele ser *parcial*, toda vez que únicamente incide sobre ciertas instituciones a título particular, quedando plenamente eficaz el resto del testamento (salvo que el mismo únicamente contenga la disposición o las disposiciones que caducan, caso en el cual –evidentemente– todo el acto testamentario queda privado de efectos).

La ineficacia del testamento o de las disposiciones testamentarias, por caducidad de uno u otras, opera de manera automática (*ope legis*), es decir, sin necesidad de declaración judicial alguna.

I. *Caducidad del testamento.*

El testamento ordinario jamás caduca; esta forma de ineficacia sólo puede afectar al testamento *especial*.

Existen tres casos de caducidad del testamento, a saber: 1) El testamento (especial) *otorgado donde reina epidemia contagiosa grave*, caduca tres meses después de que la epidemia cese o tres meses después de que el testador se traslade a un sitio sano, salvo que fallezca antes del vencimiento de dichos términos (art. 866 CC); anteriormente hemos dado las explicaciones relativas a tal caducidad (*supra*, nº 39, 1, *in fine*). 2) El testamento (especial) *marítimo*, caduca si el testador no muere durante el viaje en el cual testó o dentro de los dos meses siguientes a su desembarque en un sitio donde hubiera podido otorgar nuevo testamento ordinario (art. 874 CC); también con anterioridad hicimos los comentarios concernientes a esa caducidad (*supra*, nº 39, 2, *in fine*). Y 3) El testamento (especial) *militar*, caduca dos meses después de la llegada del

34 No hay discusión doctrinaria sobre el particular; al respecto, *cfr.*: Pacifici -Mazzoni, *op. cit.*, T. VIII, nº 158, p. 427; Polacco, *op. cit.*, T. I, p. 651.

testador a un lugar donde pueda otorgar testamento ordinario, a menos que muera antes de cumplirse ese plazo (art. 878 CC); igualmente nos hemos referido antes a este tercer caso de caducidad del testamento (*supra*, nº 32, 3, *in fine*).

II. *Caducidad de disposiciones testamentarias.*

Establece el art. 957 CC, que el *legado* no tiene efecto si la cosa que constituye su objeto perece o se pierde por completo (si la pérdida o el perecimiento de la cosa legada es sólo parcial, la institución subsiste por lo que quede de ella)[35].

De acuerdo con la citada previsión legal, dicha caducidad funciona: a) cuando la cosa legada perece completamente en vida del testador; b) cuando dicha cosa se pierde totalmente después de la apertura de la sucesión, sin hecho o culpa imputable al heredero o a la persona que deba cumplir el legado, que no está en mora de entregarla; y c) cuando la cosa legada se pierde totalmente después de la apertura de la sucesión, también sin hecho o culpa imputable al heredero o a la persona que deba cumplir el legado, pero que estaba en mora de efectuar su entrega, si el bien en cuestión hubiera perecido igualmente en manos del legatario. Se trata de la aplicación a los casos de instituciones a título particular, de las reglas generales sobre extinción de las obligaciones por pérdida de la cosa debida,consagradas en el art. 1.344 CC; por consiguiente, en las dos últimas situaciones antes aludidas, el heredero o la persona gravada con el legado tiene que probar el caso fortuito que determinó el perecimiento del bien objeto de la institución (segundo ap. del art. 1.344 CC).

En cambio, cuando la cosa legada perece después de abierta la sucesión, por culpa del heredero o de la persona que debe cumplir el legado, el obligado debe indemnizar al legatario en cuestión. Lo mismo sucede si la cosa se pierde después de la muerte del testador, sin culpa de la persona gravada por el legado, pero que estaba en mora de entregarlo, si no demuestra que esa pérdida también se hubiera producido de encontrarse el bien en cuestión en manos del legatario.

En todo caso, cuando se trata del legado alternativo, la pérdida total de uno de los bienes objeto de la institución, no afecta la validez de ésta, por lo que respecta a las demás cosas que aún subsistan (art. 958 CC).

Consideramos, por otra parte, que la circunstancia de que la cosa legada, que se encontraba en el patrimonio del causante en la época del otorgamiento del acto de última voluntad, pero que ya no figura allí para el momento de la apertura de la sucesión, *por causas ajenas a la voluntad del testador*, constituye también un caso asimilable al perecimiento o a la pérdida de dicho bien y, por consiguiente, significa la caducidad de la institución particular.

---

35 Ya hemos indicado que, a nuestro modo de ver, tanto la inexistencia del instituido como su incapacidad para suceder al testador, son causas de nulidad de las respectivas instituciones y no de caducidad de las mismas (*supra*, nº 78-A, 2).

Poco antes hemos señalado que la enajenación total de la cosa legada, hecha por el testador, es una de las causas de la revocación tácita de la institución particular (art. 955 CC) (*supra*, n° 79-B, 3). Pero el bien objeto del legado también puede salir del patrimonio del testador por causas ajenas a la voluntad de éste (*v.gr.*: por expropiación, o por prescripción adquisitiva cumplida en provecho de un tercero, etc.) y en tales circunstancias no cabe hablar de revocación del legado, precisamente porque no ha mediado intención del *de cujus* al respecto[36]; más bien se trata de un caso de caducidad de la institución, por perecimiento o por pérdida del bien en cuestión.

---

36 De ahí que en ese caso, si la enajenación del bien en cuestión fuere nula o si el testador llega posteriormente a readquirirlo, el legado en referencia debe considerarse válido y eficaz (contrariamente a lo que sucedería, de tratarse de una revocación tácita de la institución, de acuerdo con lo que establece el art. 955 CC: *supra*, n° 79-B, 3).